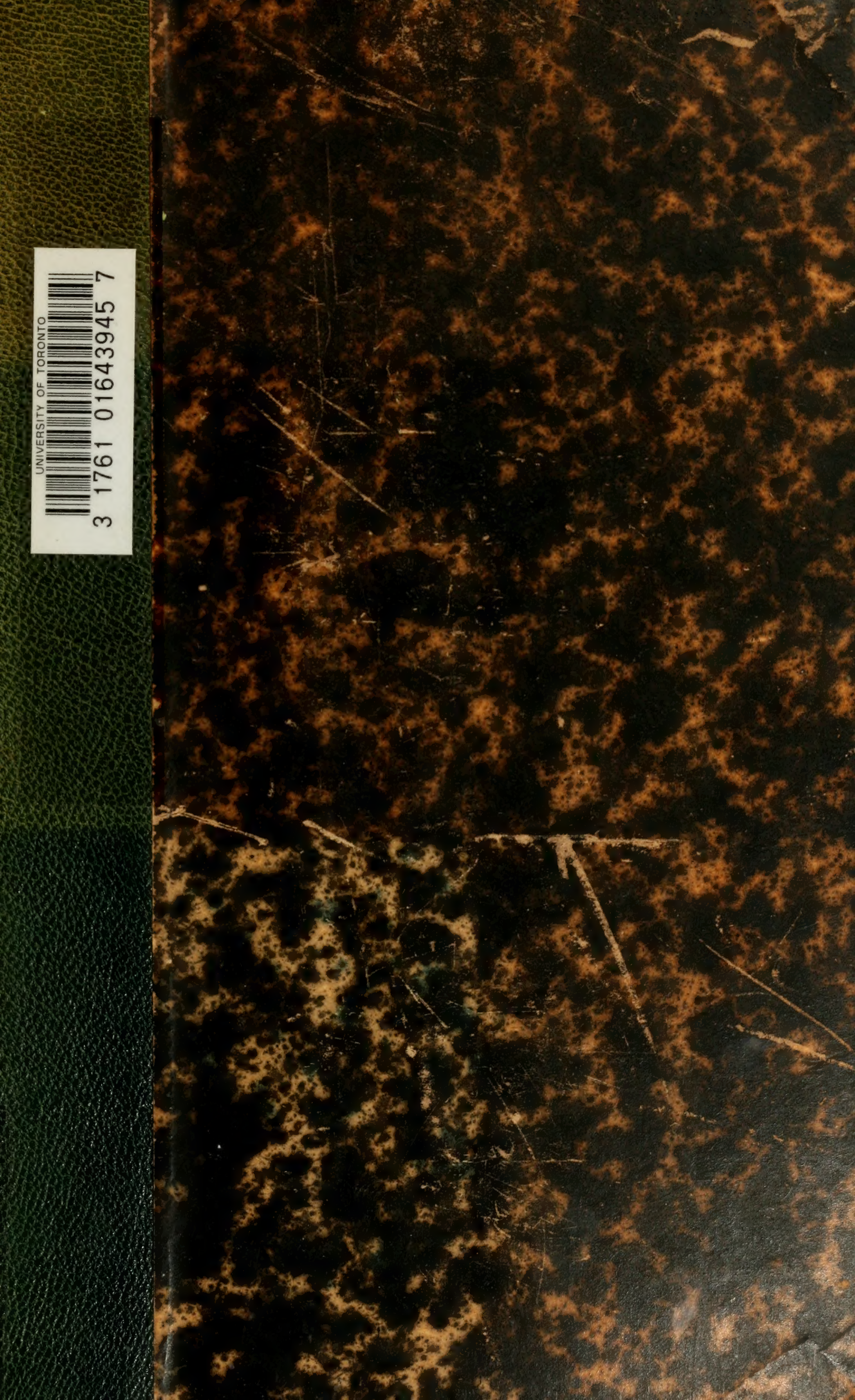
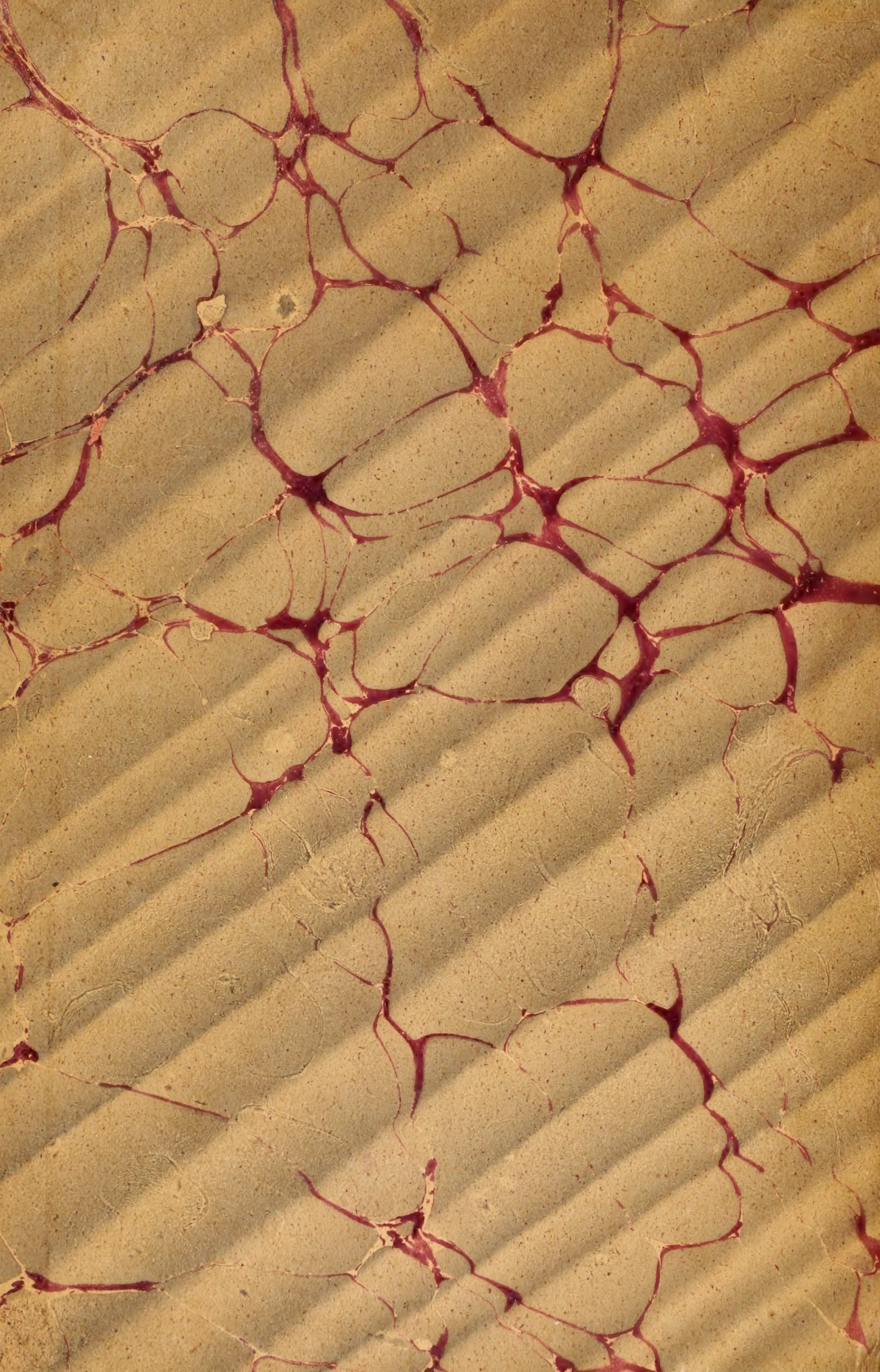
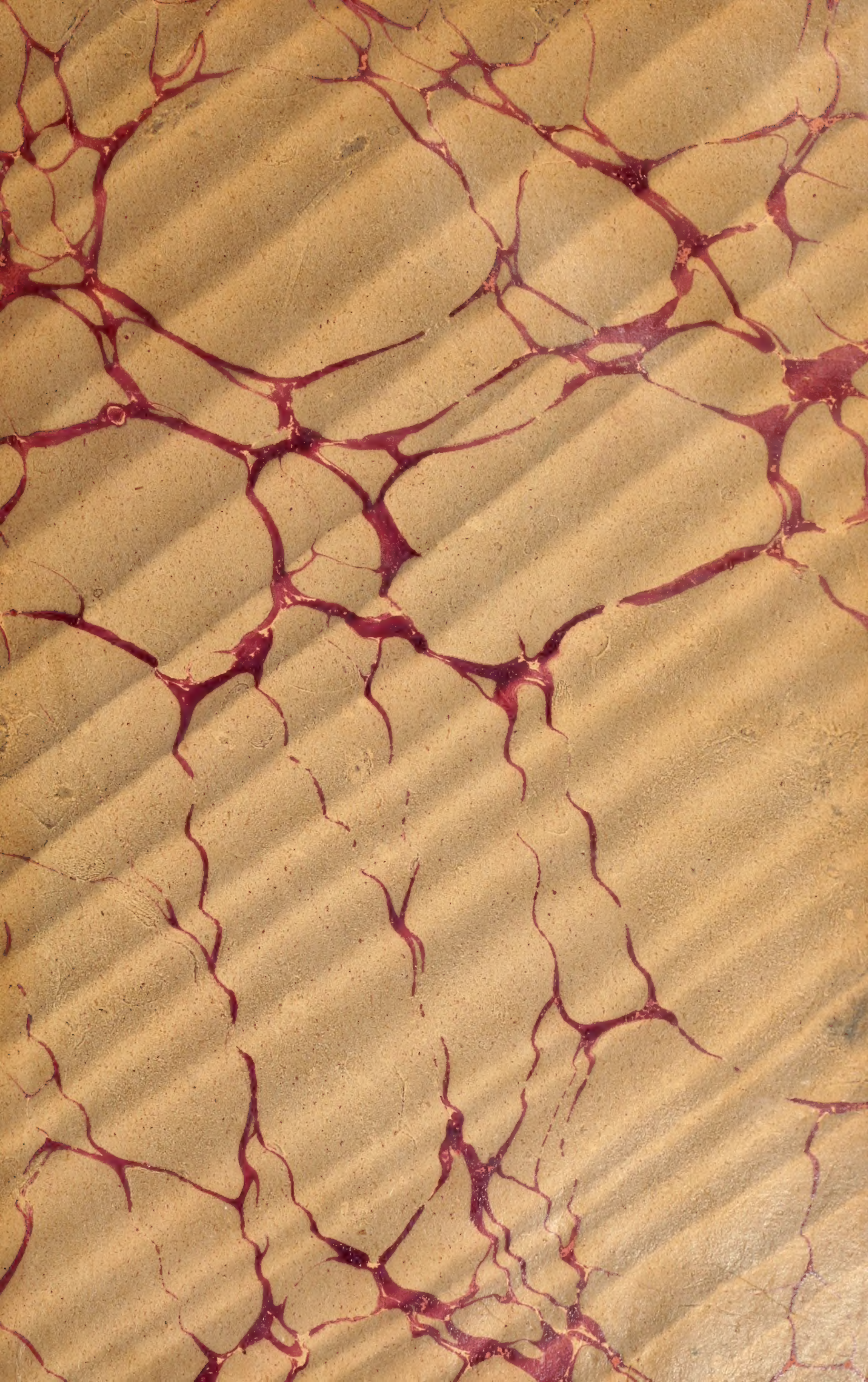

UNIVERSITY OF TORONTO
3 1761 01643945 7





HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

DE LA

RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE

PAR

Ludovic BEAUCHET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
ANCIEN MEMBRE (HORS CADRE) DE L'ÉCOLE FRANÇAISE D'ATHÈNES

LE DROIT DES OBLIGATIONS

IV

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1897

LIVRE III

DROIT DES OBLIGATIONS

NOTIONS GÉNÉRALES

Nous avons étudié, dans le livre précédent, la théorie des droits réels, c'est-à-dire des droits que l'on exerce directement et immédiatement sur les choses. Mais on peut, à l'occasion des choses, avoir des droits à exercer contre les personnes : ce sont les droits personnels ou obligations.

La notion de l'obligation est susceptible, sans doute, de légères variations suivant les époques et les législations. C'est toutefois une de ces notions au sujet de laquelle les diverses législations se rencontrent le plus facilement et l'on peut, dans le droit attique, comme dans le droit romain et dans notre droit moderne, définir l'obligation un lien de droit en vertu duquel une personne déterminée, que l'on nomme le débiteur, est tenue envers une autre personne déterminée, nommée le créancier [1], à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose [2]. Nous ne voulons pas, du reste, insister sur cette notion générale de l'obligation, car les développements que nous pourrions y consacrer n'auraient rien de spécial à la législation athénienne [3].

(1) Il n'y a pas, dans le droit attique, d'expressions techniques corrrespondant aux mots latins *creditor*, *debitor*, *debitum*, *obligatio*. Le créancier et le débiteur sont généralement désignés, à Athènes, par des expressions empruntées au fait juridique d'où dérive le lien d'obligation qui les unit.

(2) Cf. Inst. pr. *De obligat.*, III, 13 ; art. 1101, c. civ.

(3) V. sur ce point l'excellente analyse de l'obligation en droit romain faite par notre collègue May, t. II, nos 281 et s.

Le droit des obligations n'a tenu pendant longtemps, dans l'ensemble des institutions du droit privé attique, qu'une place peu considérable relativement au droit de famille et au droit de propriété. La raison n'en est point, du reste, spéciale à la Grèce; elle est commune à toutes les sociétés antiques, et l'on peut très bien appliquer au droit attique les excellentes observations que notre collègue May a présentées à propos de la théorie romaine des obligations : « L'obligation a été pendant longtemps, sinon inconnue, du moins d'un usage fort restreint. Enfermé dans le cercle étroit d'une famille ou d'un clan familial, puissamment secondé par le travail servile, l'individu n'était jamais isolé et n'avait besoin, par suite, d'avoir recours ni aux capitaux ni à l'activité d'autrui. L'obligation ne commence à faire son apparition qu'à partir du moment où l'homme n'est plus absorbé par l'unité puissante du groupe familial, et où l'individu, livré à ses propres ressources, ne peut plus se passer du secours et des services des autres, lorsqu'enfin les raffinements d'une civilisation plus compliquée lui ont créé, avec des besoins nouveaux, plus de difficultés pour les satisfaire » [1].

C'est suivant une loi semblable qu'a dû se développer en Grèce, et spécialement à Athènes, le droit des obligations. Quand l'Eupatride, propriétaire d'un domaine foncier plus ou moins considérable, qui constituait toute sa richesse, n'avait besoin que d'instruments de travail, esclaves ou animaux, qu'il se procurait soit par la guerre, soit par voie d'échange avec les produits de ses terres, ce genre de vie, sans mettre absolument obstacle à la formation des obligations, ne leur laissait qu'une place très restreinte. Mais quand l'antique constitution du γένος eut disparu, que le domaine familial, originairement frappé d'une indisponibilité absolue, tomba *in commercium* et put être aliéné ou hypothéqué, que la population se fut accrue d'éléments nouveaux,

(1) May, t. II, p. 8. Cf. S. Henri Maine, *L'ancien droit*, ch. IX, p. 288 et s.

que de nombreux et riches étrangers furent venus se fixer à Athènes soit pour leurs affaires, soit pour leurs plaisirs, que l'industrie et le commerce eurent acquis ce développement qui fit d'Athènes la plus riche cité de la Grèce, le champ d'application de l'obligation s'élargit considérablement. Ce travail de transformation, qui dut commencer avec les réformes soloniennes, se trouve terminé à l'époque des orateurs. Cet épanouissement du droit des obligations dut même s'accomplir à Athènes plus rapidement qu'à Rome, car, dans cette dernière ville, le droit des obligations ne se dégagea que péniblement, sous l'influence du *jus gentium*, des entraves où l'avait tenu enserré fort longtemps le *jus strictum* avec toutes ses exigences formalistes. A Athènes, au contraire, du moins à l'époque historique, on n'aperçoit pas de traces sensibles d'un formalisme primitif analogue à celui du *jus civile*, et l'internationalisme grec, qui était tout l'opposé de l'exclusivisme quiritaire, donna de bonne heure au droit d'obligation la plus grande partie de la largeur d'application et de la souplesse d'allures qu'il possède dans le droit moderne.

Ce mode de développement du droit des obligations à Athènes fait qu'on ne trouve pas, dans le droit attique, une division des obligations qui jouait un rôle fort important dans le droit romain, à savoir celle des obligations dérivant du *jus civile*, et par suite faisant partie de ce droit propre aux citoyens romains qui est le seul qu'admette la cité romaine au début, par opposition aux obligations provenant du *jus gentium*, en usage chez les peuples civilisés avec lesquels les Romains étaient entrés en relations et considérées comme fondées sur la *naturalis ratio*. Jamais, à Athènes, on ne rencontre de ces obligations au caractère formaliste, étroit et rigoureux, comme étaient à Rome celles qui dérivaient du *nexum*, de la *sponsio* ou de la *litterarum obligatio*. Les obligations du droit attique se caractérisent toutes, au contraire, par l'absence de tout appareil forma-

liste et la règle, comme nous le verrons, est que le consentement, librement exprimé, suffit pour créer l'obligation.

Le droit attique ignore également la division romaine des obligations fondée sur la source du droit qui les a munies d'action, c'est-à-dire la division en obligations civiles, munies d'une action par le droit civil, et en obligations honoraires, sanctionnées par une action honoraire. Toutes les actions, à Athènes, sont civiles, et les magistrats athéniens, l'archonte éponyme notamment, n'ont pas eu à intervenir, comme le préteur à Rome, pour parer à l'insuffisance du droit civil et pour sanctionner certains rapports obligatoires que l'expérience révélait comme devant être munis d'une action, car précisément la règle *solus consensus obligat* fut proclamée de tout temps, du moins à l'époque historique, par la loi athénienne.

Enfin, par un corollaire des explications précédentes, on ne trouve pas dans le droit attique une division des obligations qui se lie intimement au développement historique de cette partie du droit privé : nous voulons parler de la division des obligations civiles par opposition aux obligations naturelles. A Rome, en effet, les obligations naturelles les plus nombreuses sont des obligations civiles mort-nées, par suite de l'absence des formes exigées pour donner naissance à une *obligatio civilis* : c'est ainsi que le pacte nu n'engendre pas d'action et produit une simple obligation naturelle. Or, il n'y a pas à distinguer, dans le droit attique, entre le simple pacte et les contrats, car toute convention volontairement formée est, quelle que soit sa forme, obligatoire pour les parties. Le droit romain avait admis, il est vrai, une autre catégorie d'obligations naturelles résultant soit de l'incapacité du débiteur, comme dans le cas d'obligations consenties par un esclave ou par un pupille sorti de l'*infantia* et non muni de l'*auctoritas tutoris*, et rien ne s'oppose, *a priori*, à l'existence d'obligations naturelles de ce genre dans le droit attique. On ne peut savoir toutefois, dans l'état

actuel des sources, si la loi athénienne les a admises. Nous en dirons autant des obligations naturelles qui, à Rome, dérivaient du rapport de puissance existant entre le créancier et le débiteur, comme dans le cas de contrat passé entre deux personnes soumises à la puissance du même *pater* ou du même maître. Nous ne trouvons non plus à Athènes aucune trace de cette catégorie d'obligations naturelles qui n'étaient que des obligations civiles déchues de leur force obligatoire, comme celle du débiteur absous à tort par le juge ou ayant opposé avec succès la prescription de l'action.

On a voulu trouver, à Athènes, un cas d'obligation naturelle, dans le sens du droit romain, c'est-à-dire d'une obligation non munie d'action, mais servant de base à un paiement valable : c'est le cas de la dette née d'un éranos. Mais, comme nous le verrons en étudiant les règles de cette espèce particulière de prêt, il n'est pas vrai de dire, sauf dans le cas où le prêteur s'en était remis à la bonne foi de l'emprunteur, que le recouvrement de l'éranos n'ait pu être poursuivi par la voie judiciaire.

Mais une obligation naturelle pouvait se former par l'effet de la règle posée par Charondas à Thurium. D'après cette loi, le paiement de la chose vendue devait s'effectuer au moment même de la délivrance, le vendeur qui avait fait crédit à l'acheteur n'ayant aucune action pour contraindre celui-ci à remplir son engagement [1]. Il en était de même sous l'empire de ces lois auxquelles fait allusion Aristote [2], et qui refusaient toute action à ceux qui avaient volontairement contracté avec d'autres, par ce motif, dit le philosophe, « qu'il appartient à celle des parties dont l'autre a suivi la foi de décider souverainement à quelles conditions le contrat a été formé ». Existait-il à Athènes une loi de ce genre?

(1) Théophraste, *in* Stobée, *Floril.*, XLIV, 22. V. *infra*, p. 125.
(2) Aristote, *Eth. Nicom.*, IX, 1, p. 1164 b. Cf. V. *infra*, p. 126, note 2.

Nous l'ignorons. Mais en tout cas, on ne saurait repousser absolument l'existence de toute obligation naturelle dans le droit attique.

Les obligations naturelles, dans les cas que nous ignorons, mais qui pouvaient se rencontrer à Athènes, devaient avoir pour effet, comme à Rome, d'exclure la répétition du payement volontaire effectué par le débiteur au créancier. Elles pouvaient aussi servir de base à un cautionnement, et les doutes que l'on a émis à cet égard ne nous semblent point fondés [1].

(1) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. III, § 1, Du cautionnement

TITRE I

SOURCES DES OBLIGATIONS

NOTIONS GÉNÉRALES.

Les sources des obligations, c'est-à-dire les faits ou actes à la suite desquels un lien d'obligation s'établit entre deux personnes, peuvent-être l'objet de diverses classifications. Suivant Gaius, les obligations dérivent de deux sources, le contrat et le délit, *vel ex contractu nascitur*, *vel ex delicto* [1], c'est-à-dire soit de l'accord des volontés des parties en vue de créer le lien d'obligation, soit d'un fait illicite que la loi réprime en obligeant son auteur à fournir une peine pécuniaire à celui qui en a été la victime. Si, dans le début, cette distinction bipartite avait paru suffisante, plus tard, le nombre des obligations s'étant notablement accru et beaucoup d'entre elles ne pouvant être considérées comme provenant, à proprement parler, d'un contrat ou d'un délit, les jurisconsultes romains, dont l'esprit d'analyse était si développé, furent amenés à établir une classification plus compliquée des obligations, *in quator species*, comme le disent les Institutes : *aut ex contractu*, *aut quasi ex contractu*,

(1) Gaius, III, 88, IV, 2, 182.

aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio [1]. Sans contester le mérite de cette nouvelle classification, nous dirons que celle de Gaius continuait à être toujours exacte, du moins en prenant les mots *contractus* et *delictum* dans le sens large où les entendait le jurisconsulte, c'est-à-dire en voyant dans les obligations *ex contractu* celles qui provenaient d'un fait licite, et dans les obligations *ex delicto* celles qui avaient pour fondement un fait illicite.

Ainsi comprise, la division bipartite des obligations domine toutes les législations, car elle dérive de la nature même des choses, et elle existait dans le droit attique comme dans le droit romain. Toutefois, les juristes grecs, dont le sens juridique était loin d'être aussi développé que celui des jurisconsultes romains, ne paraissent point s'être préoccupés de classer les obligations suivant leur source, ni, à plus forte raison, d'approfondir leur division pour arriver à cette analyse savante mentionnée par les Institutes. C'est seulement, à notre connaissance, dans un traité de morale d'Aristote qu'il est fait allusion incidemment à une classification des obligations correspondant à la division romaine *ex contractu* ou *ex delicto*. Le philosophe, posant les règles de la justice régulatrice qui détermine les effets des obligations, συναλλάγματα, observe que celles-ci peuvent se partager en volontaires, ἑκούσια, et involontaires, ἀκούσια [2]. La première classe comprend, suivant Aristote, la vente, l'achat,

(1) Inst., § 2, *De obligat.*, III, 13.

(2) Aristote. *Eth. Nicomach.*, V, 2 (5), 13, p. 1131 : τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἑκούσιά ἐστι, τὰ δὲ ἀκούσια· ἑκούσια μὲν τὰ τοιάδε, οἷον πρᾶσις, ὠνὴ, δανεισμὸς, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις· ἑκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἑκούσιος· τῶν δ' ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα· οἷον κλοπὴ, μοιχεία, φαρμακεία, προαγωγεία, δουλαπατεία, δολοφονία, ψευδομαρτυρία· τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία, δεσμὸς, θάνατος, ἁρπαγὴ, πήρωσις, κακηγορία, προπηλακισμός. Il faut évidemment dans ce texte traduire par obligation le mot συνάλλαγμα, qui d'ordinaire désigne la convention, le contrat (V. *infra*, p. 15). Cf. Ulpien, l. 7, D. *De pactis*, II, 14 : « Esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit unde hæc nascitur actio. »

le prêt, le cautionnement, l'abandon de jouissance, le dépôt, le louage d'ouvrage. La seconde classe se subdivise elle-même en deux catégories, suivant que les obligations dérivent d'un acte commis en cachette, comme le vol, l'adultère, l'empoisonnement, le proxénétisme, le détournement d'esclaves, le meurtre avec guet-apens, le faux témoignage, ou qu'elles ont leur cause dans un acte de violence, comme les coups, la séquestration, le meurtre ordinaire, le rapt, la mutilation, l'injure verbale, la dérision.

Abstraction faite des critiques de détail que l'on pourrait adresser au texte d'Aristote [1], il en ressort que les obligations peuvent se diviser, dans le droit attique, en volontaires ou contractuelles d'une part, et involontaires ou délictuelles, d'autre part. Sans pousser l'analyse plus loin que ne l'avaient fait les Grecs eux-mêmes, nous considérerons comme suffisante cette division bipartite, et nous envisagerons successivement les contrats et les délits comme sources d'obligations [2] [3].

(1) Spécialement, l'énumération des contrats et des délits donnée par Aristote est manifestement incomplète. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 209, note 1.

(2) Suivant l'observation que fait notre collègue May (t. II, n° 286, note 1) à propos de la législation romaine, on peut également supposer que, dans le très ancien droit attique, les deux notions de contrat et de délit étaient probablement plus voisines l'une de l'autre qu'elles ne l'ont été plus tard.

(3) La loi de Gortyne (IX, 24 et s.), renferme une énumération, assez obscure du reste, des différentes sources d'obligation. Elles sont au nombre de cinq : 1° la chose jugée ; 2° δίρησις (διάρρησις) διαFειπάσθαι, ce qui signifie, suivant les uns (Bücheler et Zitelmann, p. 169), tout contrat verbal ou consensuel, et suivant les autres, le pacte de constitut, consistant à prendre jour pour payer ou rendre une somme d'argent (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 478) ; 3° διαβολά, διαβάλλομαι, équivalant peut-être aux obligations *ex delicto* (Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.*; suivant Dareste, Haussoulier et Reinach, *loc. cit.*, le sens de ces expressions est inconnu) ; 4° ἀνδοκά, ἀνδεκέθαι, ce qui désigne toute espèce de cautionnement ; 5° ἐνκοιοτταί, probablement le contrat de gage (Dareste, Haussoulier et Reinach, *loc. cit.* V. toutefois Bücheler et Zitelmann, *loc. cit.*).

CHAPITRE I

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL.

SECTION I

Notions générales.

La théorie des contrats est peut-être celle du droit attique qu'il est le plus difficile à reconstituer, car nous n'avons à ce sujet que des renseignements épars et souvent fort incertains. Il est fort regrettable que nous ne possédions pas les divers plaidoyers de Lysias περὶ συμβολαίων [1], qui formaient une catégorie spéciale parmi les discours du célèbre orateur, et comprenaient notamment un discours contre Philocratès, συμβολαίου ἀπολογία [2]. La plupart des discours de Démosthène ou d'Isée qui nous ont été conservés ont trait à des questions concernant le droit des personnes ou celui des successions. Quelques contrats seulement, parmi les plus usuels, comme le contrat de prêt maritime, ont été l'objet de discours qui nous sont parvenus. L'épigraphie est venue heureusement au secours des historiens du droit, et plusieurs inscriptions fort intéressantes, quoique généralement étrangères à l'Attique, ont apporté la lumière sur la théorie de certains contrats, comme ceux de

(1) Athénée, XIII, 611, d.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 675.

prêt et de louage. Il en est d'autres, par contre, et de fort importants, comme la société et surtout le mandat, pour lesquels il y a pénurie presque complète de documents. Il est donc fort délicat de chercher à établir une théorie générale des contrats, et c'est avec une grande hésitation que souvent nous proposerons les solutions qui nous paraissent les plus « vraisemblables », suivant l'expression que Meier, Schœmann et Lipsius emploient plus d'une fois.

La pauvreté relative des sources en notre matière ne prouve point cependant que les Grecs aient complètement négligé la théorie des contrats pour n'envisager que les diverses stipulations de fait, et sans parvenir à en dégager des principes généraux. Le contraire résulte notamment de ce passage de la *Rhétorique* d'Aristote, où le philosophe développe une notion des contrats qui serait encore vraie aujourd'hui: « Un contrat, dit-il, est une loi particulière qui lie les parties. Sans doute, ce ne sont pas des conventions particulières entre citoyens qui donnent à la loi sa force souveraine; mais la loi donne cette force aux conventions qui s'y conforment. A bien prendre les choses, la loi n'est elle-même qu'une sorte de contrat, et ainsi refuser de tenir une convention et la détruire, c'est détruire la loi. La meilleure partie des affaires faites en toute liberté reposent sur des contrats, et si ces contrats sont considérés comme nuls, c'est anéantir les relations si utiles des hommes entre eux [1] ».

Nous ne voulons pas pour le moment chercher à donner une définition des contrats dans le droit attique, car il faudrait auparavant être fixé sur les règles qui président à la formation des contrats, et savoir notamment s'il n'y a pas à Athènes, de même qu'à Rome, un élément formel indis-

(1) Aristote, *Rhetor.*, I, 15, § 21, Didot, p. 344, trad. Barthelemy St-Hilaire, I, p. 166. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 206.

pensable à l'existence de tout contrat. C'est ce que nous rechercherons dans la section suivante.

Dans le droit attique, à la différence de ce qui a lieu dans le droit romain, le nombre des contrats est illimité, car ainsi que nous le verrons, toute convention librement consentie est obligatoire pour les parties et est protégée par des actions. Il est impossible, d'un autre côté, par suite de l'application à toutes les conventions de la règle *solus consensus obligat*, de chercher à établir à Athènes une division des contrats analogue, à celle qui était admise à Rome en contrats *re*, *verbis*, *litteris* ou *consensu*. Il n'y a non plus, pour la même raison, aucune différence possible entre les contrats suivant l'autorité qui les aurait munis d'une action, car la loi unique d'où dérive la force obligatoire de tous les contrats, de toutes les conventions, c'est la célèbre loi qui déclare κύρια εἶναι ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ [1]. Les formes des contrats servant exclusivement, comme nous l'établirons, *ad probationem*, on peut dire qu'il n'existe à Athènes qu'une seule classe de contrats, les contrats consensuels [2].

On peut toutefois, à Athènes, en se plaçant à un tout autre point de vue que celui qui présidait à la division romaine précitée, distinguer différentes classes de contrats

(1) V. *infra*, p. 19. Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 29) croient reconnaître dans une inscription d'Ephèse de 87 av. J. C., qu'il y avait dans cette localité trois grandes classes de contrats : consensu (ὁμολογία), litteris (διαγραφή) et re (ἐκχρῆσις), de sorte qu'il ne manquerait que le contrat *verbis* du droit romain. Mais c'est là, à notre avis, une interprétation fort conjecturale.

(2) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXVI ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 677-678. Nous signalerons ici la règle qui, d'après Platon (*Leges*, XI, 913, a, doit dominer toute la matière des contrats, c'est que : « Nul ne doit toucher à ce qui m'appartient sans ma permission, et réciproquement je ne dois pas toucher à ce qui appartient à autrui. » C'est une règle semblable que les Romains formulaient en disant : « Suum cuique tribuere, alterum non laedere. » Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 106.

d'après certains caractères accessoires qu'ils présentent. Ainsi d'abord il est toute une catégorie de contrats qui sont soumis à des règles spéciales : ce sont les contrats qualifiés de commerciaux, et que le législateur favorise particulièrement dans un but d'intérêt général, afin de développer les transactions commerciales auxquelles la cité doit la plus grande partie de ses richesses. Nous indiquerons, dans une des sections suivantes, les règles de faveur qui gouvernent ces contrats. On peut également diviser les contrats en exécutoires et non exécutoires suivant qu'ils sont ou non accompagnés de la clause exécutoire, c'est-à-dire d'une stipulation par laquelle le débiteur consent, s'il ne remplit point exactement ses engagements, à être soumis à l'exécution sur ses biens « comme s'il eût été condamné envers le créancier par un jugement passé en force de chose jugée ». Mais c'est là un caractère tout à fait extrinsèque des contrats, et nous nous en occuperons en traitant des garanties destinées à assurer l'exécution de l'obligation.

Il n'y a pas, dans le droit attique, d'expression technique, comme celle de *contractus* à Rome, pour désigner les contrats, et sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la terminologie est très incertaine. L'expression la plus généralement employée est celle de συνάλλαγμα [1]. On trouve également les expressions ὁμολογία [2] συνθήκη, συμβόλαιον [3], mais le

(1) Cf. l. 19, D. *De verb. signif.*, L, 16 : « Labeo definit contractum ultro-citroque obligationem, quod Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem. » V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 280, l. 65, 69, 75 et p. 294.

(2) Le mot ὁμολογία, paraît plutôt réservé aux contrats purement oraux. Cf. Valesius, sur Harpocration, v° ἀσυνθετώτατον. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 678, note 538. Mais il est aussi employé pour désigner les contrats écrits. Gneist, p. 435. Dans l'inscription d'Ephèse précitée (p. 14, note 1) le mot ὁμολογία paraît pris comme synonyme de contrat *consensu*. Dans l'inscription d'Orchomène, ὁμολογία est le terme souvent employé pour désigner la convention relative au remboursement d'un emprunt. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 276, l. 26, p. 278, l. 36, p. 284, 295, 304, 306, C.

(3) Ces diverses expressions s'appliquent, comme nous le verrons en étudiant

mot σύμβολον ou σύμβολα paraît exclusivement réservé aux conventions internationales [1], et c'est seulement à une époque récente qu'il est appliqué aux contrats entre particuliers [2]. Le fait de contracter est alors désigné par les mots συμβάλλειν [3] ou συναλλάτειν [4], et plus rarement par le mot συντίθεσθαι [5].

SECTION II

Formation des contrats.

Dans notre droit moderne, on peut définir un contrat l'accord de deux ou de plusieurs volontés pour produire un effet juridique, et la convention se confond alors avec le contrat. Chez la plupart des peuples primitifs, au contraire, l'accord de deux volontés ne suffit point pour constituer un contrat. Ainsi, dans l'ancien droit romain, par exemple, la conven-

les formes des contrats, non seulement au fait juridique en lequel consiste le contrat, mais encore au titre qui sert à le constater. A l'époque homérique le contrat est désigné par les mots ἁρμονία, συνημοσύνη, ῥήτρα. *Iliad.*, XXII, 255. 261 ; *Od.*, XIV, 393. Cf. *Corp. inscr. græc.*, n° 11 et Bœckh, *Inscr. Gr. ant.*, n° 113.

(1) Harpocration, v° σύμβολα : τὰς συνθήκας ἃς ἂν ἀλλήλαις αἱ πόλεις θέμεναι τάττωσι τοῖς πολίταις, ὥστε διδόναι καὶ λαμβάνειν τὰ δίκαια.

(2) *Corp. inscr. att.*, IV, n° 61, a, l. 17. Cf. Dittenberger, *in Hermes*, XVI, p. 188 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 676, note 530.

(3) Cf. la loi célèbre qui défend au mineur et à la femme de συμβάλλειν πέρα μεδίμνου κριθῶν. Isée, *De Arist. her.*, § 10.

(4) Cette même expression se rencontre à Ephèse (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 26, l. 55) et à Gortyne (*ibid.*, p. 384, l. 44). Dans cette dernière loi (*ibid.*, p. 384, l. 53), le mot συναλλάκσανς est appliqué à l'obligé.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 676. On trouve dans le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios, § 8, l'expression : ἀνθομολογεῖν : ἀνθομολογησάμενος πρὸς τοῦτον. Les interprètes ne sont pas d'accord à ce sujet. Les uns traduisent par : « Je me fis subroger. » Selon d'autres, le sens serait : « Je fis avec Apatourios une convention produisant des obligations réciproques. » Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 214, note 3.

tion consistant dans le simple échange des consentements ne suffit point à elle seule pour faire naître une obligation et, par suite, pour donner au créancier le droit d'agir en justice contre le débiteur : *nuda pactio obligationem non parit* [1]. La loi veut, pour que l'accord des parties produise un effet juridique, que la manifestation de leur volonté soit accompagnée d'un certain appareil extérieur, tendant en quelque sorte à la rendre sensible. Ces formalités consistent alors soit dans des paroles ou dans des écrits (*verba, litteræ*), soit dans la remise d'une chose (*res*). Dans ce système, si tout contrat suppose une convention préalable, toute convention ayant pour objet la création d'une obligation ne constitue point nécessairement un contrat ; elle n'a ce caractère et n'est sanctionnée par une action que si à l'accord des parties s'ajoute soit l'élément formel (*verba, litteræ*), soit l'élément réel (*res*). Il n'existe, en d'autres termes, que des contrats formels (ou formalistes) et des contrats réels, mais pas de contrats consensuels. « Cette notion si étroite du contrat, ainsi qu'on l'a justement observé, convenait parfaitement au droit encore grossier des débuts, alors que l'esprit d'analyse n'avait pas encore distingué, dans l'échange de deux volontés, l'élément purement psychique, qui constitue le consentement, et la manifestation extérieure de ce consentement. De là la confusion qui s'établit forcément entre la convention et les actes extérieurs par lesquels elle s'exprime, comme aussi la tendance à considérer ces actes non comme la preuve de l'accord intervenu, mais comme une condition essentielle de la formation de cet accord » [2].

Quelle a été sur ce point la théorie du droit attique ? Deux opinions sont en présence : l'une qui ne reconnaît dans ce droit, comme dans la plupart des législations primitives, que des contrats formels, l'autre, pour qui, au contraire, tous les

(1) L. 7, § 4, D. *De pact.*, II, 14.
(2) May, t. II, p. 22.

contrats sont consensuels. On est obligé de reconnaître, dans la première opinion, que le droit attique, et même le droit grec, en général, laisse aux parties toute liberté de choisir la forme dont elles veulent revêtir leur convention. Mais il n'en résulte pas, dit-on, que les contrats grecs aient été absolument dépouillés de formalisme. Peu importe, sans doute, que la convention se constitue au moyen d'un écrit, de la présence de témoins ou d'une dation d'arrhes. Si le droit grec se caractérise par la liberté qu'il donne aux parties pour contracter suivant telles ou telles formes, on ne peut dire que les formes y fassent entièrement défaut. Démosthène, il est vrai, dans son plaidoyer contre Apatourios, paraît admettre que l'emploi d'une forme quelconque, comme la rédaction d'un écrit et le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers, n'a jamais lieu qu'en vue de faciliter la preuve de la convention [1]. Si toutefois on considère le fonds même du débat sur lequel roule ce plaidoyer, on voit que la fin de non-recevoir proposée par l'orateur contre Apatourios est fondée exclusivement sur ce motif que l'acte de compromis, où il a été désigné comme διαιτητής, n'existe plus. Ainsi, notamment, au § 30, il s'exprime ainsi : « Quand le compromis primitif a disparu, par lequel j'aurais donné mon consentement, au dire d'Apatourios, et quand il n'en a pas été dressé d'autre, comment est-on fondé à me faire un procès, à moi contre qui on n'a aucun acte à produire » ? [2] L'argumentation de l'orateur serait incompréhensible, si l'écrit dont il nie l'existence avait dû servir uniquement *ad probationem*. Son opinion est, au contraire, que l'existence de son obligation est subordonnée à celle de l'acte même. On ne saurait

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 36 : πάντες ἄνθρωποι, ὅταν πρὸς ἀλλήλους ποιῶνται συγγραφάς, τούτου ἕνεκα σημηνάμενοι τίθενται παρ' οἷς πιστεύωσιν, ἵν', ἐάν τι ἀντιλέγωσιν, ᾖ αὐτοῖς ἐπανελθοῦσιν ἐπὶ τὰ γράμματα ἐντεῦθεν τὸν ἔλεγχον ποιήσασθαι περὶ τοῦ ἀμφισβητουμένου.

(2) *Ibid.*, § 30 : πῶς ὀρθῶς ἂν ἐμοὶ δικάζοιτο, καθ' οὗ μὴ ἔχει παρασχέσθαι συνθήκας.

non plus, pour écarter la théorie des contrats formels, invoquer une prétendue loi de Solon rapportée dans les termes suivants par un lexique de Séguier : κελεύει γὰρ Σόλων τὸν ἐγκαλούμενον, ἐπειδὰν μήτε συμβόλαια ἔχῃ μήτε μάρτυρας, ὀμνύναι, καὶ τὸν εὐθύνοντα δὲ ὁμοίως [1]. Ce texte est, en effet, incompréhensible. On ne voit pas d'abord pourquoi il accorde en première ligne au défendeur le droit de déférer le serment. D'autre part, la situation du juge, εὐθύνων, n'apparaît point clairement. Ce que l'on doit plutôt supposer, c'est que le texte en question vise le cas de perte par le défendeur de ses titres justificatifs ou le cas de décès des témoins qu'il aurait pu citer.

L'existence de contrats purement consensuels n'est point davantage établie par la règle souvent citée et suivant laquelle ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, ταῦτα κύρια εἶναι [2]. Cette règle, en effet, ainsi que cela résulte des circonstances dans lesquelles elle est invoquée par les orateurs, et notamment du plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène, n'a point trait à des éléments nécessaires ou suffisants pour la formation d'une relation juridique ; elle pose simplement un principe qui doit guider le juge dans l'interprétation des contrats qui lui sont soumis et quelle que soit la manière dont se sont formés ces contrats. Il faut que le consentement qui sert de base au contrat soit libre ; voilà ce que signifie la règle en question. Aussi Platon, qui admet également cette règle, a-t-il soin de mettre en relief les mots ἑκὼν ἑκόντι [3].

Les plaidoyers des orateurs démontrent, au surplus, d'une

(1) Bekker, *Anecd.*, I, 242, 19. Diodore de Sicile (I, 79) attribue une loi semblable à Bocchoris : τοὺς δὲ περὶ τῶν συμβολαίων νόμους Βοκχόριδος εἶναί φασιν. Προστάττουσι τοὺς μὲν ἀσύγγραφα δανεισαμένους, ἂν μὴ φάσκωσιν ὀφείλειν, ὀμόσαντας ἀπολύεσθαι τοῦ δανείου.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 2 ; *C. Olympiod.*, § 54 ; Hypéride, *C. Athenog.*, VI, 7-8.

(3) Platon, *Sympos.*, p. 196, c. V. *infra*, p. 31.

manière évidente la nécessité d'un élément formel ou réel dans les contrats. Ainsi, le plaidoyer de Démosthène contre Phénippe se réfère à la loi aux termes de laquelle « les conventions faites par les parties *en présence de témoins* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [1] ». Le plaidoyer du même orateur contre Evergos considère également comme nécessaire la présence de témoins [2]. Dans le plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène on voit que le contrat litigieux, dont l'objet était la vente d'un fonds de parfumerie, se forme par la signature de l'acte, car le plus grand soin d'Athénogène consiste à faire sceller le plus vite possible l'acte de vente afin de lier ainsi d'une façon irrévocable le client d'Hypéride [3]. D'autre part, dans le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, le lien de droit qui sert de fondement à l'action dirigée contre ce dernier, se forme *re*, par la remise des deniers prêtés [4]. On peut enfin invoquer dans le même sens un passage de Théophraste où l'auteur, exposant la théorie de la vente dans le droit grec, dit que ce contrat est κυρία εἰς τὴν παράδοσιν ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ [5]. Sans doute, la dation d'arrhes n'est point la seule forme que l'on puisse employer pour conclure le contrat de vente, et celle-ci peut se parfaire également par la rédaction d'un écrit. Mais cette dation d'arrhes n'a point lieu seulement *ut evidentius probari possit;* elle constitue l'élément formel indispensable à la formation des contrats. Il y a donc, en définitive, dans tout contrat, en dehors du consentement, qui en est le fondement indispensable, un élément formel ou

(1) Démosthène, *C. Phœnip.*, § 12 : τὸν κελεύοντα κυρίας εἶναι τὰς πρὸς ἀλλήλους ὁμολογίας, ἃς ἂν ἐναντίον μαρτύρων ποιήσωνται.

(2) Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 77 : τὸν νόμον καὶ τὴν μαρτυρίαν, ὃς κελεύει κύρια εἶναι ὅ τι ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ.

(3) Hypéride, *C. Athenog.*, III, 25 et s.

(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 2 : ὁ λαμβάνων τὰ χρήματα.

(5) Théophraste, *in* Stobée, *Flor.*, XLIV, 22, 4.

réel qui est le signe sensible de l'accord des volontés, mais il n'y a pas de contrat purement consensuel [1].

Cette argumentation est, nous le reconnaissons, fort sérieuse, mais elle ne nous convainc pas, et nous estimons plutôt que le droit attique a, par une exception remarquable à la règle généralement suivie dans les anciennes législations, suivi des principes semblables à ceux qui ont prévalu dans les lois modernes sur la formation des contrats *solo consensu*. Ce n'est point, du reste, le seul point sur lequel la loi athénienne se serait montrée plus simple et plus spiritualiste que la loi romaine, que l'on peut considérer comme le type des lois formalistes [2].

La force obligatoire du *solus consensus* nous paraît clairement établie tout d'abord par la loi qui déclare κύρια εἶναι toute convention faite par accord mutuel, sans exiger autre chose que cet accord. En vain objecte-t-on que le but de cette loi est de faire ressortir la nécessité d'un consentement libre, ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ. Sans doute, le consentement qui sert de base à la convention doit être libre, c'est-à-dire exempt du vice de violence, et Démosthène le fait observer incidemment, dans son plaidoyer contre Dionysodore [3], par le mot ἑκών. Mais le but direct et principal de la loi paraît bien être, à notre avis, de consacrer la force obligatoire de l'échange des consentements. Aussi, dans son plaidoyer contre Athénogène, Hypéride, qui cite la même loi, et peut-être en termes plus exacts que Démosthène, se borne-t-il à dire : ὅσα ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι [4], et il ne parle plus des qualités que doit avoir le consentement

(1) Sieveking, p. 22-25. Meier, Schœmann et Lipsius p. 676, disent également dans le même sens : « Verbinden die Athener den Begriff, dass Vestrag die durch irgend ein sichtbares Zeichen oder irgend eine sichtbare Handlung ausgesprochene Uebereinkunft zweier oder mehrerer darüber sei. »

(2) Cf. en se sens : Platner, *Process*, t. I, p. 252 et t. II, p. 336 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XVI. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 677-678.

(3) V. *supra*, p. 19.

(4) Col. VI, l. 7-8.

pour lier les parties. Un peu plus loin, du reste, il parle de même simplement des actes conclus « d'un commun accord », sans exiger rien de plus pour que ces actes soient obligatoires à l'égard des contractants [1]. Démosthène lui-même, dans un autre plaidoyer [2], cite la loi en question dans les mêmes termes qu'Hypéride, ce qui nous confirme encore d'avantage dans cette idée que l'objet principal de la loi est de proclamer une règle directement contraire à celle du droit romain, et que l'on pourrait formuler en disant : *nuda pactio obligationem parit.*

Sans doute, en fait, les parties contractantes ne se contentent jamais d'un simple échange de consentements et il se joint toujours un élément formel plus ou moins important à leur convention, comme la présence de témoins, la rédaction d'un écrit, la dation d'arrhes. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le droit attique ne connaisse que des contrats formels. L'accomplissement de ces formalités a pour but d'assurer la sécurité des transactions, et, comme dans notre droit moderne, elles interviennent uniquement *ad probationem.* Il n'y a même rien d'étonnant à ce que l'on ne puisse citer d'exemple de *nudum pactum* dans le droit attique, car la *fides græca* devait déterminer les parties à s'assurer contre leur mauvaise volonté réciproque, non seulement en faisant intervenir des témoins au contrat, mais encore en passant un écrit de leur convention. Nous verrons, en effet, qu'à Athènes la preuve écrite jouait un rôle beaucoup plus important qu'à Rome. Mais ni ces témoins, ni ces écrits ne constituent, croyons-nous, un élément formel indispensable à la formation du contrat, et ils sont employés exclusivement *ad probationem.* C'est ce que démontre manifestement le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios. Parlant spécialement des écrits au moyen desquels on constate le plus habituelle-

(1) Col. VI, 26, Col. VII, 1 : νόμος κελεύει περὶ ὧν ὁμολογοῦντες ἀλλήλοις συμβάλλουσιν.

(2) Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 77, v. *supra*, p. 20, note 2.

ment les conventions, l'orateur s'exprime ainsi : « Pourquoi tous ceux qui s'engagent réciproquement par un contrat déposent-ils l'acte, revêtu de leurs sceaux, entre les mains d'une personne de confiance, si ce n'est précisément pour se ménager, en cas de contestation, le moyen de remonter aux termes mêmes de l'acte et de faire ainsi la preuve du point contesté, τὸν ἔλεγχον ποιήσασθαι ? [1]. C'est donc bien uniquement *ad probationem*, ἔλεγχος, que l'acte est dressé. On dit, pour infirmer l'argument que nous tirons de ce plaidoyer, que l'argumentation de l'orateur est fondée précisément sur cette idée que l'existence de son obligation est subordonnée à celle de l'acte qui la constate. Il y a, sans doute, un lien très étroit, dans le plaidoyer, entre la convention même et l'écrit qui en a été dressé, mais c'est un lien de preuve exclusivement, ainsi qu'on s'en convainc facilement. L'acte n'est pas représenté et Apatourios, le défendeur, prétend que cet acte a été détruit. Il produit, en conséquence, un témoin pour établir que la convention a existé. Mais l'orateur s'efforce de prouver le contraire et invoque plusieurs présomptions pour démontrer le mensonge d'Apatourios. Ce luxe de démonstration serait évidemment inutile si l'obligation de l'orateur était subordonnée purement et simplement à la présentation de l'écrit. L'argument que nous tirons du passage précité subsiste donc dans toute sa force. L'interprétation que nous en donnons se trouve d'ailleurs confirmée par la comparaison d'un autre texte d'Eschine où l'orateur déclare que si l'on prend soin de rédiger des actes, συνθῆκαι, c'est pour plus de sécurité et en raison de la défiance que l'on peut éprouver vis-à-vis de son cocontractant, ἀπιστίας ἕνεκα [2]. On peut enfin

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 36, *supra*, p. 18, note 1.

(2) Eschine, *C. Timarch.*, § 161. On peut encore citer dans le même sens le § 20 du premier plaidoyer de Démosthène contre Onétor, où l'orateur considère pareillement l'assistance des témoins a un acte juridique comme exclusivement destinée à prévenir les contestations qui pourraient s'élever ultérieurement entre les parties.

argumenter dans le même sens de ce que dit Apollodore dans son plaidoyer contre Timothée. Parlant du prêt qui avait été consenti à ce dernier par son père sans prendre de gages ni même sans appeler de témoins, Apollodore dit aux juges que la créance de son père se trouvait très exposée, faute de preuve à produire par son père. Mais le contrat ne s'en était pas moins valablement formé, ainsi que le démontrent ces expressions employées par l'orateur, ἀπώλλυτο συμβόλαιον [1].

Le caractère que nous attribuons à la présence des témoins ou à la rédaction d'un écrit ressort encore, à notre avis, de la loi de Solon qui autorise le défendeur, lorsqu'il ne peut produire ni témoins, ni écrit, à déférer le serment à son adversaire. Cette loi, telle qu'elle est rapportée par le lexique de Séguier, n'est peut-être pas d'une rédaction très correcte. Mais ce qui nous paraît en résulter d'une façon certaine, c'est que l'existence de l'obligation est indépendante de l'accomplissement de toute formalité. A Athènes, comme dans notre droit moderne, le serment litis décisoire apparaît ainsi comme un *ultimum subsidium* destiné à suppléer, quoique dans une faible mesure, au défaut d'autres preuves [2].

Si la théorie des contrats formels avait été reçue dans le droit attique, et si, par exemple les écrits avaient constitué non point simplement un moyen de preuve, mais le fondement même de l'action, le système des actions s'en serait certainement ressenti. Ainsi que le remarque très judicieusement Gneist [3], on rencontrerait dans la procédure des δίκαι συγγραφῆς, γραμματείου ou autres de dénominations semblables. Or, loin de là, les actions sont désignées, à Athènes, exclusivement d'après le fait juridique qui leur sert de base, δίκη ἀργυρίου, δίκη συμβολαίων, δίκη χρέους, δίκη ἀτελοῦς

(1) Démosthène, *C. Timoth.*, § 2.
(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 898.
(3) Gneist, p. 472.

ὁμολογίας, σίτου, κάρπου, etc. De plus, les parties n'auraient pu, dans un système formaliste, jouir de la liberté absolue qu'elles possédaient à Athènes, non seulement pour choisir entre la rédaction d'un écrit et la convocation de témoins, mais encore dans l'application même de l'une ou de l'autre de ces formes. C'est ainsi, comme nous le verrons, qu'en cas de rédaction d'un écrit, tantôt celui-ci demeure entre les mains des parties, tantôt il est déposé chez un tiers, chez un particulier ou dans un dépôt public. De même, le nombre des témoins qui assistent à l'acte varie dans des proportions très grandes.

La théorie des contrats formels serait enfin en opposition avec l'esprit général du droit grec et spécialement du droit attique. Le formalisme, en effet, s'il avait été admis pour la formation des contrats, aurait été inévitablement appliqué à tous les actes juridiques. C'est ainsi que le formalisme romain se rencontre en matière d'affranchissement, de mariage, d'adoption, de testament, d'acquisition de l'hérédité. Or il en est tout autrement dans le droit attique, comme nous avons eu précédemment l'occasion de le voir à propos des divers actes que nous venons de citer. Nous rappellerons, par exemple, que les formes solennelles de l'engyésis, un des contrats les plus importants du droit, sont destinées uniquement à constater d'une façon certaine l'échange des consentements, et la présence des témoins à cet acte doit plutôt être considérée comme une sûreté que comme une formalité essentielle à la validité du contrat [1]. De même, les différentes formalités de l'adoption, bien qu'assez généralement observées, ne doivent pas être réputées essentielles à la validité de l'acte, et ont plutôt pour objet d'assurer la preuve de l'adoption en cas de contestation [2]. Il serait donc singulier que, pour des actes beaucoup moins importants, la loi eût exigé

(1) V. *supra*, t. I, p. 140-141.
(2) V. *supra*, t. II, p. 10-11.

un élément formel qui peut faire défaut dans les actes qui intéressent la cité elle-même au plus haut degré.

Il nous reste, pour compléter notre démonstration, à examiner la portée des textes d'où l'on a voulu déduire la nécessité d'un élément formel ou réel dans tout contrat. Nous ne pouvons d'abord attacher une grande importance au plaidoyer contre Phénippe, lorsqu'il déclare obligatoires les conventions « faites par les parties *en présence de témoins* [1] ». Ce que veut dire l'orateur, c'est que la présence des témoins établit avec certitude l'existence de la convention et, par suite, des obligations qu'elle impose aux parties. Mais ce serait, selon nous, exagérer l'importance des mots ἐναντίον μαρτύρων que d'y voir autre chose qu'un élément de preuve. Si, en effet, on interprétait à la lettre le texte en question, il faudrait exiger dans tous les cas la présence des témoins pour la formation de l'obligation. Or, on est obligé de reconnaître que d'autres formes peuvent être également employées pour donner naissance à des obligations valables. La preuve que ce texte n'a point la portée qu'on lui attribue, c'est que, dans son plaidoyer contre Evergos et Mnésibule, Démosthène cite cette même loi, mais sans parler de la présence des témoins. L'orateur ordonne, il est vrai, la lecture du témoignage en même temps que celle de la loi en question, mais ce paraît être uniquement pour démontrer l'existence de l'accord constitutif de la convention. C'est de la même manière que nous expliquons les faits dont on se prévaut dans le plaidoyer contre Athénogène. Si celui-ci presse le client d'Hypéride de sceller l'acte qu'il a préparé, ce n'est point qu'il considère cet acte comme l'élément formel indispensable à la conclusion du contrat, mais uniquement pour se ménager une preuve irrévocable et certaine de l'échange des consentements. Entendre autrement les faits relatés par Hypéride, ce serait mettre l'orateur en con-

(1) V. *supra*, p. 20.

tradiction avec lui-même lorsqu'il dit un peu plus loin que « toute convention faite par accord mutuel est bonne et valable », sans rien exiger davantage [1]. Quant au passage de Théophraste relatif à la dation d'arrhes dans la vente, on l'interprète mal, à notre avis, en disant qu'il exige les arrhes pour la perfection même du contrat. Nous verrons, lorsque nous étudierons spécialement les règles de cette matière, que la dation d'arrhes est, avant tout, le signe de la conclusion du contrat et qu'elle est postérieure à la formation du contrat. Elle peut servir aussi à donner aux parties la faculté de dédit, mais elle n'intervient point comme un élément formel nécessaire à la formation du contrat [2].

En ce qui concerne maintenant la prestation, *res*, qui équivaudrait, dit-on, à l'emploi d'une forme déterminée pour transformer l'accord des volontés en un contrat, on ne saurait, selon nous, tirer du plaidoyer contre Zénothémis la preuve de l'existence dans le droit attique de contrats *re* analogues à ceux du droit romain. Lorsque l'orateur emploie les expressions ὁ λαμβάνων τὰ χρήματα, λαβὼν ἀργύριον, il veut simplement désigner par là l'emprunteur, ὁ δανειζόμενος, dont l'obligation ne peut évidemment se former que par la réception même des deniers, car on ne conçoit l'obligation de restituer une chose qu'autant qu'elle aura été remise tout d'abord à celui qui en devra la restitution. Mais la *res* jouet-elle ici le rôle d'une formalité solennelle, imprimant au contrat de prêt un caractère formaliste ? Les expressions précitées n'ont nullement pour objet de l'indiquer, et l'on

(1) On a prétendu que, dans le prêt à la grosse, la rédaction d'un écrit est indispensable pour donner au créancier une action en justice contre le débiteur. Sieveking, p. 28. Mais le passage du plaidoyer de Démosthène contre Zénothémis (§ 1) sur lequel on fonde cette opinion, n'a nullement la portée qu'on lui prête. Tout ce qui peut en résulter c'est que, en l'absence d'un acte écrit, le créancier ne peut prétendre aux avantages spéciaux des δίκαι ἐμπορικαί, et encore, comme nous le verrons en étudiant les règles des contrats commerciaux, cette solution est-elle fortement contestable. V. *infra*, p. 93.

(2) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § I, Des arrhes.

peut aussi bien admettre que la *res* est simplement l'acte qui sert de fondement juridique à l'obligation et sans laquelle l'engagement du débiteur n'aurait aucune raison d'être. Dans cette opinion, le contrat de prêt, comme du reste les autres contrats qualifiés de réels (commodat, dépôt, gage), et dans lesquels la tradition préalable d'une chose est la condition essentielle de la naissance de l'obligation, n'aurait donc pas dans le droit attique un caractère différent de celui qu'il possède dans notre droit moderne, c'est-à-dire que, sauf en ce qui concerne l'obligation de restitution, subordonnée évidemment à la prestation de la *res*, il produit tous ses effets par le seul échange des consentements.

SECTION III

Des conditions nécessaires à l'existence et à la validité des contrats.

L'article 1108 de notre code civil exige quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention, à savoir le consentement des parties, leur capacité de contracter, un objet certain formant la matière de l'engagement et enfin une cause licite à l'obligation. On a observé que, parmi ces conditions, les unes peuvent être qualifiées de droit naturel, en ce sens qu'elles se retrouvent à peu près les mêmes dans tous les lieux et dans tous les temps : c'est le consentement des parties et un objet. Les autres ont, au contraire, un caractère en quelque sorte moins primitif et sont l'œuvre plus arbitraire et plus variable du droit positif : c'est la capacité des parties et la cause [1]. Dans le droit attique, comme dans

(1) Cf. Demolombe, *Traité des obligations*, t. I, nº 42.

notre droit français nous retrouvons ces quatre conditions essentielles à la validité des conventions. De plus, dans l'une comme dans l'autre législation, à côté des conditions requises pour tous les contrats en général, chaque contrat en particulier exige, d'après sa notion même et le but poursuivi par les parties, certains éléments en l'absence desquels il est impossible d'en concevoir l'existence. Ainsi, le contrat de vente, par exemple, requiert pour son existence non seulement le consentement des parties et une chose qui en forme l'objet, mais encore un prix et l'intention réciproque des parties de transférer et d'acquérir la propriété de cette chose. Nous étudierons ces conditions spéciales des divers contrats en exposant les règles propres aux principaux contrats reconnus par le droit attique. Nous ne voulons ici que déminer les conditions requises pour la validité de tout contrat en général. Nous n'avons point, du reste, à nous préoccuper des règles concernant la capacité des parties, car nous les avons précédemment exposées au livre 1[er] à propos de la tutelle des impubères et de celle des femmes. Nous avons vu quelles personnes étaient incapables de contracter, ou du moins quelles conditions étaient exigées pour que ces personnes pussent figurer valablement dans un contrat. Nous examinerons d'autre part, en exposant la théorie de la vente, quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet de cette convention ou, d'une manière plus générale, d'un contrat quelconque. Nous n'avons donc à étudier ici que les règles relatives : 1° au consentement des parties ; 2° à la cause des contrats.

§ I. — *Consentement des parties.*

Le consentement, c'est-à-dire le concours de deux ou de plusieurs volontés dans un même but juridique, *duorum*

vel plurium in idem placitum consensus, est manifestement l'âme de tout contrat. Nous avons moins à insister ici sur la nécessité du consentement, que présupposent les divers textes cités ultérieurement, qu'à examiner les conditions qu'il doit présenter, ou, en d'autres termes, à rechercher les causes qui peuvent supprimer ou vicier le consentement et faire obstacle à la formation du contrat.

Il se peut d'abord qu'une partie, bien qu'ayant figuré dans un contrat, se trouvait dans l'impossibilité de consentir, comme si elle était en état de démence, d'ivresse complète, ou de délire provenant d'une cause quelconque. En pareil cas, cette partie a pu prononcer des mots sans idée, entendre des sons vides, mais, n'ayant pas la possession de son intelligence, elle n'avait pas et ne pouvait pas avoir juridiquement de volonté. Le contrat où cette personne a figuré est donc nul. Il ne serait pas besoin d'un texte évidemment pour fonder cette solution. Néanmoins elle se trouve formellement exprimée par Théophraste dans le fragment du *Traité des Lois* qui nous a été conservé par Stobée. Le philosophe, après avoir dit que le contrat de vente est parfait dès que le vendeur a reçu les arrhes, ajoute que cette règle comporte une restriction. « On suppose, en effet, dit-il, que le vendeur n'était ni dans l'ivresse, ni égaré par la colère ou la jalousie, ni en démence, mais dans la plénitude de sa raison, en un mot que la vente est juste. Toutes ces conditions doivent être exigées même dans le cas où la loi définit les personnes desquelles on peut acheter. En effet, dans ces circonstances, c'est le moment et la passion qui décident, or il faut que l'acte émane d'une volonté réfléchie. C'est à cette condition qu'il sera conforme au droit [1] ». Ce que dit Théo-

(1) Stobée, *Flor.*, XLIV, 22, § 4 : ἀλλὰ τοῦτο προσδιοριστέον, ἐὰν μὴ παρὰ μεθύοντος μηδ' ἐξ ὀργῆς μηδὲ φιλονεικίας, μηδὲ παρανοοῦντος, καὶ τὸ ὅλον δικαίως. ὅπερ κἀκεῖ προσθετέον, ὅταν ἀφορίζῃ παρ' ὧν δεῖ ὠνεῖσθαι. ἔοικε γὰρ ἐκ καιροῦ τὰ τοιαῦτα καὶ πάθους γίγνεσθαι· δεῖ δ' ἐκ προαιρέσεως· οὕτω γὰρ ἔσται τὸ δίκαιον.

phraste du contrat de vente doit évidemment s'appliquer à tout autre contrat.

A côté des cas où, par suite des causes que nous venons d'indiquer, aucun consentement n'a été donné, il y en a d'autres où le consentement a bien été donné, mais se trouve entaché d'un vice quelconque. Or si l'absence totale de consentement est, dans toutes les lois, exclusive de toute convention, la nullité de celle-ci ne s'impose plus avec la même nécessité en cas de simple vice du consentement, et les théories diffèrent suivant les législations. Quel a été sur ce point le système du droit attique ? C'est ce que nous devons rechercher en examinant les trois vices dont l'existence permet généralement d'attaquer la convention qui en est entachée, à savoir le vice de violence, celui d'erreur et le vice de dol.

En ce qui concerne d'abord le vice de violence, il ne paraît pas douteux qu'il ait été considéré à Athènes comme destructif du consentement et, par suite, comme entraînant la nullité du contrat. La loi citée par Démosthène sur la force obligatoire des conventions suppose formellement que celles-ci ont été librement consenties : τοῖς νόμοις οἳ κελεύουσιν ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι [1]. Platon signale de même à plusieurs reprises la violence comme un vice faisant obstacle à la validité du contrat [2]. Pour Aristote également, les conventions sont nulles lorsqu'elles ont été obte-

Telfy (p. 382, n° 1485) cite un texte de Syrianus (in Hermogen. stat. 194) portant également : τὰ ἐν μανίᾳ ἄκυρα εἶναι.

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 2. Cf. Démosthène, *C. Olympiod.*, § 54 : ἃ μὲν ὡμολόγησε καὶ συνέθετο ἑκὼν πρὸς ἑκόντα· καὶ ὤμοσε κτλ. Platon, *Symp.*, p. 196 c. rapporte presque en termes identiques la loi visée par Démosthène : ἃ δ'ἂν ἑκὼν ἑκόντι ὁμολογήσῃ, φασὶν οἱ πόλεως βασιλῆς νόμοι δίκαια εἶναι.

(2) Platon, *Leges*, XI, 920, d : ὅσα τις ἂν ὁμολογῶν ξυνθέσθαι μὴ ποιῇ κατὰ τὰς ὁμολογίας πλὴν.... ἢ τινος ὑπὸ ἀδίκου βιασθεὶς ἀνάγκης ὁμολογήσῃ. Criton, 14 : οὐχ ὑπ' ἀνάγκης ὁμολογήσας, οὐδὲ ἀπατηθεὶς, οὐδὲ ἐν ὀλίγῳ χρόνῳ ἀναγκασθεὶς βουλεύσασθαι.

nues par contrainte [1]. Mais quel doit être le caractère de la contrainte, ἀνάγκη, exercée sur la personne afin de lui extorquer son consentement? Faut-il qu'elle soit matérielle, c'est-à-dire qu'elle agisse par la force, en produisant la douleur physique? Ou bien suffit-il qu'elle soit morale, c'est-à-dire qu'elle agisse par la menace, qu'elle produise l'intimidation? Nous croyons que le droit attique tenait compte même de la violence morale, car les textes que nous possédons s'expriment en termes très généraux, ἑκών, οὐχ ὑπ' ἀνάγκης. La violence morale peut, du reste, être aussi destructive de la liberté du consentement que la violence matérielle [2].

L'erreur était-elle également considérée à Athènes comme une cause de nullité de la convention? Il y a des cas où l'affirmative ne peut faire de doute, à savoir ceux où l'erreur supprime l'accord même des volontés. C'est ce qui arrive d'abord en cas d'erreur sur la nature du contrat, lorsque, par exemple, une des parties livre à l'autre une chose dans l'intention de faire un dépôt et que cette autre partie croit la recevoir à titre de vente ou de louage. Il en est de même lorsque l'erreur porte *in corpore*, c'est-à-dire sur l'identité de la chose qui doit former l'objet de la convention, comme si, par exemple, une partie croit vendre tel esclave, tandis que l'acheteur entend acquérir tel autre esclave portant le même nom. Cette erreur entraîne forcément la nullité du contrat, parce qu'autrement il faudrait, pour déterminer l'objet de l'obligation, suivre la volonté de l'une des parties et exclure celle de l'autre, ou, en d'autres termes, parce que la convention n'a point ici d'objet certain [3].

L'erreur, sans supprimer l'accord des volontés, peut sim-

(1) Aristote, *Rhetor.*, I, 15 : τὸ γὰρ δίκαιον οὐκ ἔστι μεταστρέψαι οὔτ' ἀπάτῃ οὔτ' ἀνάγκῃ.

(2) C'est ainsi que, d'après une loi de Solon, la violence morale est, aussi bien que la violence physique, une cause de nullité des testaments. V. *supra*, t. II, p. 39.

(3) Cf. Instit., § 23, *De inutil. stipul.*, III, 19.

plement contribuer à le déterminer. Telle est l'erreur qui porte *in substantia* ou *in materia*, comme si, par exemple, l'une de parties promet un vase de cuivre que l'autre partie croit être un vase d'or. Cette erreur n'empêche pas que les volontés des deux parties se soient rencontrées sur l'objet de l'obligation et que le contrat se soit formé. Telle est également l'erreur portant *in qualitate*, comme dans le cas de vente d'un vase d'or, lorsque l'or est d'une qualité inférieure à celle que l'acheteur avait en vue. Cette erreur, moins grave que la précédente, est à plus forte raison indifférente en ce qui concerne la formation du contrat.

La loi athénienne prend-elle en considération cette seconde sorte d'erreur? Nous en doutons, car l'existence de cette erreur n'empêche point que le contrat ait été consenti ἑκὼν πρὸς ἑκόντα. Il est vrai que Platon, dans son *Criton*, relève l'erreur comme un vice du consentement. Mais on peut croire que le philosophe se place ici à un point de vue théorique, et si, comme nous le verrons, le vice de dol qu'il relève également n'entraîne point la nullité du contrat, à plus forte raison l'erreur simple doit-elle être indifférente. L'erreur *in substantia* ou *in qualitate* ne peut donner lieu à une action que dans le cas où les parties se sont formellement expliquées dans la convention sur la substance ou la qualité de la chose, comme si, dans les exemples, que nous avons donnés, le vendeur a affirmé vendre un vase en or ou en or de telle qualité. Si l'acheteur ne rencontre pas dans l'objet vendu la substance ou la qualité ainsi affirmées, il peut demander la résolution du contrat, mais alors la résolution ne procède plus de l'erreur ; elle est fondée sur la défaillance de la condition à laquelle le contrat était subordonné.

Le dol, dans les contrats, c'est, suivant la définition célèbre du jurisconsulte Labéon, « omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam » [1]. Il implique donc nécessai-

(1) L. 1, § 2, D. *De dolo malo*, XLIV, 4.

rement une intention mauvaise et un but malhonnête. Il n'est toutefois un vice du consentement que parce qu'il produit l'erreur, et c'est parce que la partie a été trompée par le dol qu'elle se plaint. Mais cette erreur provenant du dol est plus grave que l'erreur simple, et l'on comprend qu'une législation réprime le dol dans les contrats tout en ne tenant aucun compte de l'erreur ordinaire. Quel a été à cet égard le système du droit attique?

D'après Platon, un contrat déterminé par le dol ou la fraude n'est pas plus valable que celui qui a été extorqué par la violence [1]. Aristote assimile également la fraude à la contrainte au point de vue de la nullité du contrat [2]. Ces règles des philosophes sont-elles empruntées au droit positif d'Athènes comme celles qu'ils posent relativement à la violence ? Nous ne le pensons pas, et les doutes qui pouvaient exister sur ce point nous paraissent levés par la découverte du plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène [3]. Ce dernier possédait un commerce de parfumerie qu'il faisait gérer par son esclave Midas ; ce commerce marchait mal, et le passif dépassait de beaucoup l'actif. Grâce à la complicité de sa maîtresse Antigona, il trouve le moyen de duper un campagnard novice et de l'amener à prendre à son compte le commerce en question, non point contre indemnité mais en payant lui-même une somme assez ronde. Sans passer complètement sous silence les créances diverses qui grevaient le fonds de commerce, Athénogène les avait indiquées en termes assez généraux pour les comprendre toutes, mais assez vagues pour abuser l'acquéreur sur leur importance. Cette dissimulation, jointe à d'autres circonstances, constituait un

(1) Platon, *Criton*, *loc. supra cit.*, p. 31, note 2.

(2) Aristote, *loc. supra cit.*, p. 32, note 1.

(3) V. pour l'exposé des faits sur lesquels porte ce plaidoyer : Weil, *in Journal des Savants*, 1892, p. 299 et s., et *Revue des études grecques*, 1892, p. 157 et s. ; Vogt, *in Wiener Studien*, XVI (1894) p. 168 et s. Dans la *Revue des études grecques* (*loc. cit.*), Weil a donné la traduction du plaidoyer.

dol dont se prévaut le client d'Hypéride pour demander la résiliation du marché contre Athénogène. Or, au point de vue juridique, la situation de ce dernier était très forte, car l'Athénien qui avait signé un contrat devait en subir toutes les conséquences quelles qu'elles fussent. C'est ce que commence par reconnaître Hypéride : « Athénogène, dit-il, vous montrera tout à l'heure que la loi veut que toute convention faite par accord mutuel soit bonne et valable ». Oui, ajoute-t-il, « si la convention est juste, sinon la loi ordonne au contraire qu'elle ne soit pas valide » [1]. Mais, pour établir qu'une convention injuste, μὴ δίκαια, n'est pas obligatoire, Hypéride ne cite point le texte de la loi qui aurait prononcé la nullité de la convention surprise par fraude ou par dol ; il se borne à invoquer des arguments d'analogie tirés de plusieurs lois applicables à des matières très diverses. Il se prévaut, en premier lieu, de la loi qui défend de tromper sur le marché, défense qui, suivant lui, s'applique à tout ce qui peut se traiter sur la place publique [2]. Il cite ensuite la loi qui, en cas de vente d'un esclave, impose au vendeur l'obligation de prévenir l'acheteur des infirmités que l'esclave peut avoir, et ouvre à l'acheteur l'action rédhibitoire en cas de silence du vendeur [3]. « Eh bien, dit l'orateur, quand des maladies indépendantes de notre volonté, faute d'avoir été déclarées par le vendeur, donnent le droit de rendre un esclave, comment les fourberies tramées par toi ne retomberaient-elles pas sur toi ? Et cependant l'achat d'un esclave épileptique ne ruine pas le maître, tandis que ce Midas que tu m'as vendu a ruiné jusqu'à mes amis ». Hypéride allègue, en troisième lieu, la loi sur la *desponsatio* portant que la femme ἐγγύηθῇ ἐπὶ δικαίοις donnera seule des enfants légitimes, mais, ajoute-t-il, « non

(1) C. VI, 8 s. : ὁ νόμος λέγει « ὅσα ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι ». τά γε δίκαια, ὦ βέλτιστε, τὰ δὲ μή, τοὐναντίον, ἀπαγορεύει μὴ κύρια εἶναι.

(2) C. VI, 17-19 : ὁ μὲν νόμος κελεύει ἀψευδεῖν ἐν τῇ ἀγορᾷ, ἐπὶ πάντων οἶμαι. Cf. Diogène Laerce, I, 104 ; Démosthène, *Adv. Leptin.*, § 9.

(3) V. *infra*, p. 151 et s.

point, la femme accordée frauduleusement, en dépit du droit » [1]. Il invoque également la loi sur les testaments qui annule les actes de dernière volonté faits sous l'empire de la folie, de la violence ou de la suggestion. « Alors donc, dit-il, que les contrats de mariage et les testaments, par lesquels on dispose de son propre bien, ne sont pas valables, comment serait-il juste de confirmer dans l'intérêt d'un Athénogène des conventions pareilles où il dispose de mon bien à moi »?

Toute cette argumentation démontre, à notre avis, qu'aucune loi ne faisait du dol une cause de nullité des conventions, car si une pareille loi avait existé, Hypéride n'aurait pas manqué de la citer au lieu de recourir à des analogies plus ou moins contestables. Sans doute les lois mentionnées par l'orateur montrent que le législateur avait entendu réprimer la fraude dans certaines hypothèses déterminées. Mais la première se rapporte uniquement aux denrées vendues sur le marché : c'est une loi de police plutôt qu'une disposition de droit civil [2]. La seconde regarde spécialement la vente des esclaves, et il paraît assez légitime d'en conclure que si le dol avait été réprimé par la loi, d'une manière générale, on n'aurait pas cru nécessaire d'en faire spécialement une cause de nullité dans le cas de vente d'esclaves. Quant à la loi sur la *desponsatio*, elle est étrangère au dol, car l'expression ἐπὶ δικαίοις se réfère aux formalités de l'engyésis [3]. On s'explique enfin que le législateur se soit cru obligé d'assurer spécialement la sincérité du testament en raison de l'importance considérable de cet acte. On ne saurait, du reste, tirer aucune conclusion légitime d'une règle posée pour un acte unilatéral afin de l'étendre à une convention.

(1) C. VII, 23-24 : ἀλλ' οὐκ ἐάν τις ψευσάμενος ἐγγυήσῃ.

(2) Hypéride force évidemment le sens des mots ἐν τῇ ἀγορᾷ, lorsqu'il veut appliquer à son cas la loi en question. Cf. Weil, in *Journal des savants*, p. 310.

(3) V. *supra*, t. I, p. 139.

L'argumentation d'Hypéride implique donc, en définitive, l'absence dans le droit attique de tout moyen semblable à l'action ou à l'exception de dol du droit romain [1]. Cette argumentation a pu produire quelque effet sur des juges habitués à fonder leurs décisions plutôt sur leurs impressions personnelles que sur des raisons de droit [2]. Mais elle a évidemment pour but de masquer une lacune, regrettable sans doute, mais cependant réelle dans la loi attique. Elle se heurte à ce principe qui déclare, d'une manière absolue, κύρια εἶναι ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ. Or le contrat, même déterminé par le dol d'une des parties, n'en est pas moins l'accord de deux volontés libres. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de s'étonner de cette lacune que nous croyons exister dans la législation athénienne, quand on songe qu'à Rome, d'après le droit civil, le dol même le plus dommageable n'était point, en principe, une cause d'obligation et d'action, et qu'en dehors d'hypothèses très restreintes l'auteur du dol échappait à toute poursuite. C'est seulement en l'an de Rome 688 que le préteur Aquilius Gallus proposa pour la première fois la formule *de dolo* qui fut désormais reproduite dans les édits subséquents. Le droit attique, à l'époque des orateurs, était donc conforme au *jus civile* de Rome [3].

On pourrait se demander si, dans le cas où le vice du consentement est de nature à entraîner la nullité du contrat, cette nullité ne peut être proposée que *per exceptionem* ou si elle a lieu, au contraire, *ipso jure*. Meier et Schœ-

(1) La δίκη κακοτεχνιῶν n'a rien à voir avec la répression du dol dans les contrats. V. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 492 et s.

(2) Cf. Lipsius, *Bedeut. d. griech. Rechts*, p. 16.

(3) Cf. V. en se sens : Weil, *loc. cit.*; Hermann-Thalheim, p. 110, note 6. Cf. Vogt, *loc. cit.*, p. 209, note 33. Sieveking, p. 30, note 3, estime, au contraire, que l'argumentation d'Hypéride est fondée en droit et que, lorsqu'il s'agit d'une règle admise par la jurisprudence, l'arme du juriste est précisément le raisonnement et l'argument d'analogie.

mann [1] disent qu'il n'est pas possible de résoudre cette question en l'absence de renseignements précis. Nous serions plutôt porté, en nous reportant au plaidoyer précité d'Hypéride, à dire que la nullité peut être proposée directement.

§ II. — *De la cause.*

Une des conditions essentielles exigées par notre Code civil dans l'article 1108, c'est l'existence d'une cause licite dans l'obligation, et par cause de l'obligation on doit entendre le but immédiat que la partie qui s'oblige se propose d'atteindre en s'obligeant. La cause, ainsi comprise, n'est pas non plus restée étrangère aux Romains, qui lui donnent également le nom de *causa*. Ils ne considèrent point, sans doute, la cause comme une condition essentielle à la validité des conventions, mais, à Rome, l'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite donne à celui qui s'est ainsi obligé une action en répétition rentrant dans la classe des *condictiones* et tendant à l'anéantissement de l'obligation : c'est la *condictio ob rem dati* lorsque l'obligation a été contractée en vue d'une contre-prestation future consistant en un fait licite, et la *condictio ob turpem causam* lorsque cette contre-prestation consiste en un fait illicite.

Il est difficile de savoir si les jurisconsultes grecs sont arrivés à dégager la notion de la cause des obligations aussi nettement que l'ont fait les auteurs modernes, ou même seulement s'ils ont compris l'idée de cause comme les jurisconsultes romains. Néanmoins il est certain que la jurisprudence attique était arrivée à peu près aux mêmes résultats que la loi romaine dans les divers cas d'obligation sans cause ou sur cause illicite. Peut-être la cause n'est-elle

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 680.

point considérée à Athènes, pas plus qu'à Rome, comme une condition essentielle à la validité des conventions. Mais, dans tous les cas, son absence ou son caractère illicite permettent à celui qui s'est obligé sans cause ou sur cause illicite de se soustraire à son obligation et de demander la nullité de la convention.

Ainsi d'abord il nous paraît hors de doute que le débiteur peut demander la nullité d'une obligation contractée sans cause. Cette solution résulte *a fortiori* des explications que nous allons donner en ce qui concerne la cause illicite, car, au point de vue juridique, l'absence totale de cause est un vice beaucoup plus grave que le caractère illicite de la cause. Le débiteur qui a payé sans cause peut également exercer la répétition de ce qu'il a donné. On a prétendu, il est vrai, que ces règles souffraient une exception dans le cas où la convention revêtait la forme d'une συγγραφή et que, dans cette hypothèse, la *causa obligationis* était une chose indifférente. Mais c'est là, comme nous le verrons en étudiant les formes des contrats, une théorie fort contestable [1]. Il est fort douteux qu'elle ait été admise dans le droit grec et, en tout cas, elle manque absolument de base dans le droit attique, du moins à l'époque des orateurs. On a enseigné, d'autre part, que l'existence d'une hypothèque pouvait, en quelque sorte, suppléer à l'existence de la cause en rendant impossible toute discussion sur l'existence même de la créance ainsi garantie. Mais cette théorie ne repose, comme nous l'avons établi, que sur une fausse interprétation d'un texte de Démosthène [2].

Notre loi moderne admet, d'un autre côté, de même que la loi romaine, la nullité d'une convention reposant sur une cause illicite, c'est-à-dire sur une cause « prohibée par la

(1) V. *infra*, p. 78 et s.
(2) V. *supra*, t. III, p. 281.

loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » [1]. On pourrait douter que le droit attique ait admis une semblable règle quand, d'une part, on voit la loi proclamer, d'une manière absolue, la validité de « toute convention faite par accord mutuel » [2], et que, d'autre part, on se réfère à la définition du contrat donnée par Aristote, ἡ γὰρ συνθήκη νόμος ἐστὶν ἴδιος [3], et qui semble attribuer à la convention la même force qu'à la loi. Il est certain néanmoins qu'à Athènes comme à Rome les parties peuvent demander la nullité d'un engagement souscrit contrairement à une loi formelle (*ob injustam causam*), du moins à une loi d'ordre public et qui n'est pas seulement interprétative de la volonté des parties [4]. C'est ce que déclare lui-même Aristote lorsqu'il dit qu'en cas de litige, on doit examiner si les stipulations invoquées ne sont pas contraire à quelque loi écrite ou à quelque loi commune [5]. Platon reconnaît également que les conventions des parties ne peuvent pas prévaloir contre les lois ni les décrets [6]. L'obstacle à la validité de la convention provenant de la violation de la loi était, du reste, déjà prévu dans une loi de Solon sur les sociétés, qui tout en reconnaissant aux associés pleine liberté pour régler à leur gré les conditions de l'association, y apporte toutefois une restric-

(1) C. civ., art. 1133.

(2) Cf. Hypéride, *C. Athenog.*, VI, 7-8.

(3) Aristote, *Rhetor.*, I, 15, § 21, p. 1376. V. *supra*, p. 13.

(4) C'est peut être à cette différence entre les deux sortes de lois que fait allusion le passage de la Rhétorique d'Aristote où l'auteur dit qu'il se peut que telle loi veuille qu'on s'en tienne uniquement aux conventions des parties, tandis que telle autre défendra toute stipulation extra-légale, *Rhet.*, I, 15, p. 1375 : ἐνίοτε ὁ μὲν νόμος κελεύει κύρια εἶναι ἅττ' ἂν συνθῶνται, ὁ δ' ἀπαγορεύει μὴ συντίθεσθαι παρὰ τὸν νόμον.

(5) Aristote, *Rhet.*, I, 15, § 24 (Didot) : σκοπεῖν εἰ ἐναντία ἐστί τινι ἢ τῶν γεγραμμένων νόμων ἢ τῶν κοινῶν, καὶ τῶν γεγραμμένων ἢ τοῖς οἰκείοις ἢ τοῖς ἀλλοτρίοις.

(6) Platon, *Leges*, XI, p. 920, d : ὅσα τις ἂν ὁμολογῶν ξυνθέσθαι μὴ ποιῇ κατὰ τὰς ὁμολογίας, πλὴν ὧν ἂν νόμοι ἀπείργωσιν ἢ ψήφισμα.

tion, celle de ne pas déroger dans les statuts aux lois d'ordre public, ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ τὰ δημόσια γράμματα [1].

Mais est-il nécessaire, pour la nullité de la convention contraire à la loi, que celle-ci prononce expressément la nullité des contrats conclus en violation de ses dispositions? On pourrait le croire d'après le passage précité d'Aristote où il est dit que certaines lois défendent toute stipulation extra-légale, ὁ δ'ἀπαγορεύει μὴ συντίθεσθαι παρὰ τὸν νόμον [2]. On voit, en effet, quelquefois la loi refuser formellement tout effet à la convention qui serait passée contrairement à ses prohibitions. Telle est notamment la loi qui interdit à tout habitant d'Athènes de prêter de l'argent sur un navire qui ne serait pas destiné à porter à Athènes du blé ou d'autres marchandises. Elle porte expressément que si un prêt est consenti contrairement à cette défense, le prêteur n'aura pas d'action en justice et qu'aucun magistrat ne pourra saisir les juges de l'affaire [3]. Nous ne pensons point cependant qu'il soit besoin d'une disposition expresse de la loi pour demander et obtenir la nullité d'une convention παρὰ τὸν νόμον, pourvu, comme nous l'avons déjà observé, qu'il s'agisse de la violation d'une loi d'ordre public et non point simplement d'une loi interprétative de la volonté des parties [4].

(1) L. 3, D. *De colleg. et corpor.*, XLVII, 22. V. *infra*, chap. II, sect. V, Contrat de société.

(2) V. *supra*, p. 40, note 4.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 51 : ἐὰν δέ τις ἐκδῷ παρὰ ταῦτα... δίκη αὐτῷ μὴ ἔστω περὶ τοῦ ἀργυρίου.... μηδὲ ἀρχὴ εἰσαγέτω περὶ τούτων μηδεμία.

(4) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXVII et *Science du droit*, p. 116; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 680, 681 ; Hermann-Thalheim, p. 110. Nous expliquerons ultérieurement, à propos de la syngraphè, la portée de la clause insérée dans un pareil acte et qui paraît lui donner une force supérieure à celle de la loi. V. *infra*, p. 80. Nous observerons, d'autre part, qu'Aristote va manifestement trop loin lorsqu'il permet, dans le texte précité (*supra*, p. 40, note 5), de rechercher si une stipulation ne serait pas contraire à une loi écrite non seulement nationale, mais même étrangère. La contradiction qui pourrait exister entre les clauses d'un contrat athénien et les dispositions d'une loi étrangère est bien susceptible de fournir un argument contre la validité de ce contrat,

Le droit romain assimilait à la *causa injusta* (cause contraire à une loi formelle) la *causa turpis*, c'est-à-dire la cause contraire aux bonnes mœurs et, dans l'un et l'autre cas, il accordait une *condictio* pour répéter ce qui avait été reçu sur le fondement d'une pareille cause. Cette assimilation existe-t-elle également dans le droit attique ? La question peut paraître douteuse, et l'on a prétendu que certaines conventions *contra bonos mores* pouvaient donner lieu à une action judiciaire ; telle est celle qui intervient entre une courtisane et son amant ou entre un pédéraste et son complice. On allègue en ce sens que l'ἑταίρησις et la πορνεία κατὰ συγγραφήν étaient habituelles à Athènes. Les orateurs parlent à plusieurs reprises des écrits qui étaient rédigés à l'occasion de ces louages honteux et dans lesquels les parties réglaient avec un soin minutieux les conditions de leur déshonneur [1]. Or, dit-on, la rédaction de pareils contrats suppose que les parties pouvaient les invoquer au besoin et fonder sur eux une action judiciaire. Nous en avons, du reste, un exemple dans un plaidoyer d'Eschine [2], où l'orateur nous parle d'un certain Diophante, surnommé l'Orphelin, qui cita devant l'archonte un étranger qui lui faisait tort de quatre drachmes promises ὑπὲρ τῆς πράξεως ταύτης [3].

Si le débordement des mœurs fut assez grand à Athènes pour que certains individus eussent assez peu de dignité pour venir étaler leur honte devant les tribunaux, nous ne

mais elle n'en entraîne point *a priori* la nullité, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat régi par la loi étrangère.

(1) Lysias, *Adv. Simon.*, § 22 : ἐτόλμησε γὰρ εἰπεῖν, ὡς αὐτὸς μὲν τριακοσίας δραχμὰς ἔδωκε Θεοδότῳ (à savoir l'ἑταιρῶν, un Πλαταϊκὸν μειράκιον, § 5) συνθήκας πρὸς αὐτὸν ποιησάμενος. Au § 26, l'orateur appelle cette convention un συμβόλαιον. Eschine, dans son discours contre Timarque, dit également, au § 160 : ἐὰν δ' ἐπιχειρῶσι λέγειν, ὡς οὐχ ἡταίρηκεν, ὅστις μὴ κατὰ συγγραφὰς ἐμισθώθη καὶ γραμματεῖον. Cf. *ibid.*, § 165.

(2) Eschine, *C. Timarch.*, § 158.

(3) Cf. en ce sens : Becker, *Charikles* (2e éd.), t. 2, p. 214. Meier et Schœmann (1re éd., p. 536) ne semblent pas non plus éloignés de considérer comme un louage de services obligatoire les contrats en question.

pouvons admettre que ceux-ci aient jamais reconnu la validité de ces conventions honteuses qu'on leur soumettait. Les doutes que l'on a émis à cet égard ne peuvent tenir contre certaines considérations absolument décisives, selon nous. La validité d'un tel contrat serait d'abord inconciliable avec la rigueur des peines édictées contre la pédérastie. D'une part, en effet, la loi athénienne déclarait infâme l'individu qui se prostituait pour gagner un ignoble salaire et le menaçait de la peine capitale s'il enfreignait la règle qui lui interdisait l'accès des temples, des tribunaux et de la tribune [1]. D'autre part, elle réprimait sévèrement la prostitution des mineurs par leur κύριος, c'est-à-dire non-seulement par leur tuteur proprement dit, mais par toute personne ayant autorité sur eux, comme leurs professeurs. La γραφὴ ἑταιρήσεως était possible alors contre les deux individus qui avaient figuré dans cet odieux contrat qu'Eschine compare à un louage, et qu'on peut nommer le locateur et le locataire [2] ; la condamnation sur cette action pouvait même entraîner le châtiment suprême [3]. On ne saurait, en présence de pareilles dispositions, comprendre l'exercice d'une action judiciaire qui aurait rendu public et certain un fait si sévèrement réprimé par la loi pénale. Lorsque l'orphelin Diophante, dont parle Eschine, cita devant l'archonte l'étranger qui ne lui payait pas le salaire promis, il n'agissait point par l'action ordinaire du louage de services, il invoquait, par facétie, la loi qui charge l'archonte de veiller sur les orphelins, en se gardant bien, dit l'orateur, de rappeler les

(1) Eschine, *C. Timarch.*, §§ 20 et s., 195; Pollux, VIII, 40, 43. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 411.

(2) Eschine, *loc. cit.*, § 13 : κατ' αὐτοῦ μὲν τοῦ παιδὸς οὐκ ἐᾷ γραφὰς ἑταιρήσεως εἶναι, κατὰ δὲ τοῦ μισθώσαντος καὶ τοῦ μισθωσαμένου, τοῦ μὲν ὅτι ἐξεμίσθωσε, τοῦ δὲ ὅτι, φησίν, ἐξεμισθώσατο.

(3) Eschine, *loc. cit.*, § 72 : τῶν νόμων ἐν οἷς γέγραπται, ἐάν τις μισθώσηται τινα Ἀθηναίων ἐπὶ ταύτην τὴν πρᾶξιν ἢ ἐάν τις ἑαυτὸν μισθώσῃ, ἔνοχον εἶναι τοῖς μεγίστοις καὶ τοῖς ἴσοις ἐπιτιμίοις. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 4[illegible] ; Thonissen, p. 329.

lois ὑπὲρ τῆς σωφροσύνης κειμένους [1]. Eschine déclare, du reste, dans les termes les plus formels, qu'une action judiciaire fondée sur un contrat du genre de celui dont nous nous occupons est absolument inadmissible. « Figurez-vous, dit-il à ses auditeurs, que vous siégiez comme juges dans un semblable procès et que le demandeur vienne vous dire : « J'ai « loué Timarque pour qu'il se prostituât à moi κατὰ τὸ γραμματεῖον.... » Mais il serait aussitôt lapidé. Si c'était ὁ μισθωθείς qui vînt vous dire : « Un tel m'a loué pour satisfaire ses passions, je me suis conformé au contrat, mais il ne tient pas ses engagements », la clameur des juges couvrirait sa voix ». Eschine conclut en disant qu'en pareil cas les contrats écrits n'ont aucune valeur : οὐκοῦν οὐδὲν ὄφελος τῆς συγγραφῆς [2]. Nous estimons qu'il faut s'en tenir à la conclusion de l'orateur et refuser tout effet aux contrats fondés sur une *turpis causa* [3]. Cette solution est conforme, d'ailleurs, au principe posé par Aristote d'après lequel on peut critiquer un contrat non-seulement parce qu'il est contraire aux lois, mais encore parce qu'il n'est pas conforme τοῖς δικαίοις ἢ καλοῖς [4], c'est-à-dire évidemment aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Ce que nous venons de dire des contrats ayant pour objet la prostitution doit, au surplus, s'appliquer d'une manière générale à toute convention *contra bonos mores*, par exemple à ce contrat, dont parle Démosthène, et par lequel un individu se met aux gages d'un plaideur pour prêter un faux serment [5].

La règle que toute convention doit avoir un objet licite

(1) Eschine, *loc. cit.*, § 158.

(2) Eschine, *loc. cit.*, § 163 et s.

(3) Cf. en se sens : Caillemer, *Contrat de louage*, p. 34-35 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 733 ; Hermann-Thalheim, p. 110, note 3.

(4) Aristote, *Rhet.*, I, 15, § 24 (Didot).

(5) Démosthène, *C. Neær.*, § 10 : ἐπιορκῶν καὶ ψευδῆ αἰτίαν ἐπιφέρων μεμισθωμένος.

avait conduit les jurisconsultes romains à déclarer nulles spécialement les sociétés ayant un objet malhonnête [1]. On pourrait croire que le droit attique n'a pas admis cette conséquence, car on voit une loi de Solon, citée par Gaius [2], considérer comme faisant partie d'une société valable ceux ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι aussi bien que ceux qui s'associent pour faire le commerce. Mais, comme nous le verrons en étudiant la matière des sociétés, la loi de Solon n'a pas pour objet de légitimer les associations faites en vue du brigandage, mais seulement les compagnies formées pour la course sur mer ou sur terre en temps de guerre [3].

Il faut reconnaître toutefois que le type de la moralité n'était pas très élevé en Grèce, et spécialement à Athènes, et bien des conventions qui sont aujourd'hui considérées comme *contra bonos mores* et frappées de nullité en raison de leur cause illicite, sont, au contraire, permises ou tolérées dans le droit attique. Telle est, par exemple, cette convention, que signale un texte d'Isée dont nous avons précédemment parlé et qui, dans l'opinion générale, permet au kyrios d'une Athénienne de la donner en qualité de παλλακή à un citoyen, moyennant certaines prestations auxquelles ce dernier s'oblige valablement envers la pallaque [4]. Nous avons vu de même, en étudiant les successions, que la loi attique ne paraît pas s'être préoccupée du caractère immoral des pactes sur succession future et qu'elle ne les a pas interdits, ainsi que le prouve l'exemple de Philoctémon [5].

(1) L. 57, D. *Pro socio*, XVII, 2 : Si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem : generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.

(2) L. 4, D. *De colleg. et corpor.*, XLVII, 22.

(3) V. *infra*, chap. II, sect. V.

(4) V. *supra*, t. I, p. 100 et s. Nous avons combattu cette interprétation généralement admise du texte d'Isée, mais, dans l'opinion que nous avons adoptée, la convention visée par Isée n'en reste pas moins immorale.

(5) V. *supra*, t. III, p. 579.

Faut-il faire, dans le droit attique, des distinctions analogues à celles qu'avaient admises le droit romain suivant qu'il y avait *turpitudo ab utraque parte*, ou *dantis tantum*, ou *accipientis tantum* [1]. Nous ne possédons à cet égard aucun renseignement qui permette de répondre à la question [2].

SECTION IV

Formes des contrats.

Si, dans le droit attique, à notre avis du moins, le simple consentement suffit pour constituer un contrat, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre une forme déterminée ou une prestation, les conventions des parties sont néanmoins, en fait, toujours accompagnées de certaines formalités destinées à en fournir la preuve, le cas échéant. Ces formalités consistent, soit dans la présence de témoins, soit dans la rédaction d'un écrit. On peut donc, si l'on veut, distinguer à cet égard, deux catégories de contrats, les uns purement oraux et dont la preuve est fournie par le témoignage des personnes qui y ont assisté, les autres rédigés par écrit, et dont l'existence est normalement et principalement établie par l'acte qui les relate.

§ 1. — *Contrats oraux.*

Ce que nous appelons à Athènes un contrat oral ne ressemble nullement au contrat *verbis* du droit romain. A Rome, les *verba*, c'est-à-dire l'emploi de certaines paroles

(1) Cf. Accarias, t. 2, n° 873.

(2) Le plaidoyer de Démosthène contre Olympiodore pourrait, à première vue, laisser croire que le droit attique n'avait pas admis la règle romaine : *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Mais ainsi que Dareste (*Plaid. civ.*, t. II, p. 2) l'a très bien expliqué dans son argument du plaidoyer en question, on ne peut pas dire que Callistrate se prévale précisément d'un fait illicite.

solennelles échangées par les parties, constituent un des éléments formels du contrat au même titre que les *litteræ*, ou écritures solennellement rédigées. A Athènes, au contraire, les *verba* n'apparaissent que comme la manifestation du consentement des parties et l'on ne trouve, dans le droit attique, rien de semblable à la stipulation romaine. On a voulu [1] cependant voir des traces de cette stipulation dans le discours de Démosthène contre Panténète. Il s'agissait d'une sommation adressée par ce dernier à Nicobule et tendant à mettre à la question un esclave. Devant le questionnaire, Panténète, dit l'orateur, se garda bien de déployer sa sommation, de montrer ce qui était écrit et d'agir en conséquence. Mais, au milieu du tumulte qui précédait l'audience, la cause pouvant être appelée d'un moment à l'autre, on s'était contenté de la formule suivante : « Je te fais sommation. J'y souscris. Donne-moi ton anneau. Le voici. Quelle est ta caution ? Un tel » [2]. Il y a sans doute, dans la forme, une certaine ressemblance entre ce dialogue concis des parties et les formules usitées dans la stipulation romaine. Mais ce qui caractérise celle-ci, ce n'est point seulement un échange de questions et de réponses, ce sont les mots solennels : *dare spondes ?*, mots qui ne se rencontrent point, par équivalents bien entendu, dans le dialogue entre Nicobule et Panténète. La concision de ce dialogue peut, du reste, s'expliquer parfaitement par les circonstances de l'affaire et la précipitation des parties, sans qu'on soit obligé d'y voir une analogie même lointaine avec la stipulation [3]. Rien ne prouve, d'autre part, ainsi que nous l'avons précédemment observé, que l'engyésis se soit pratiquée dans la forme d'une stipulation [4].

(1) Hudtwalcker, p. 47, note.

(2) Démosthène, *C. Pantænet.*, § 42 : προκαλοῦμαί σε ταυτί. δέχομαι. φέρε τὸν δακτύλιον. λαβέ. τίς δ' ἐγγυητής; οὑτοσί.

(3) Cf. en se sens : Gneist, p. 470 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 891.

(4) *Supra*, t. I, p. 141, note 4.

Les contrats que nous nommons oraux sont donc, dans le droit attique, ceux où le consentement des parties s'échange verbalement, d'une manière quelconque, et sans écrit. Ces contrats, ainsi que nous l'avons admis, sont obligatoires par eux-mêmes; cependant, en fait, dès qu'ils ont une certaine importance, les parties ne manquent jamais d'y faire intervenir des témoins, afin de se ménager une preuve en cas de contestation soit sur l'existence, soit sur la portée de la convention. C'est ce qu'observe Démosthène à propos de la constitution de la dot et de sa restitution. « Jamais, dit-il, dans une affaire de ce genre on n'agit sans témoins » [1]. Les parties pouvaient, sans doute, ne pas appeler de témoins au contrat, mais c'était de leur part soit une marque de grande confiance envers leur cocontractant, soit plutôt, ainsi que le remarque l'orateur du plaidoyer contre Timothée, une imprudence grave [2]. Isocrate signale également comme un cas tout à fait exceptionnel celui d'un dépôt nécessaire fait sans témoins et même sans qu'aucun esclave y assistât, et le plaidoyer de l'orateur est, pour ce motif qualifié ἀμάρτυρος [3]. C'est seulement en cas de dépôt chez un trapézite que, vu la confiance inspirées par les livres que tenaient les banquiers, on n'appelait point de témoins au contrat. Mais alors ces livres suppléaient à l'absence de témoins et à la rédaction d'un acte spécial [4]. Ce n'était point là toutefois

(1) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 21 : ἀλλ' οὐδὲ πρὸς ἄλλον οὐδ' ἂν εἷς οὐδὲν τοιοῦτο συνάλλαγμα ποιούμενος ἀμάρτυρος ἂν ἔπραξεν. Cf. Hésiode, *Op. et dies*, 373 : καί τε κασιγνήτῳ γελάσας ἐπὶ μάρτυρα θέσθαι.

(2) Démosthène, *C. Timoth.*, § 2 : καίτοι σφαλέντος μὲν τούτου, ἀπώλλυτο καὶ τῷ πατρὶ τῷ ἐμῷ συμβόλαιον. οὔτε γὰρ ἐπ' ἐνεχύρῳ οὔτε μετὰ μαρτύρων ἔδωκεν.

(3) Isocrate, *C. Euthyn.* V. *infra*, chap. II, sect. IV, Contrat de dépôt.

(4) Isocrate, *Trapez.*, § 2 : τὰ μὲν γὰρ συμβόλαια τὰ πρὸς τοὺς ἐπὶ ταῖς τραπέζαις ἄνευ μαρτύρων γίγνεται. Cf. Démosthène, *C. Timoth.*, § 8. Les orateurs et autres écrivains anciens font de fréquentes allusions aux livres tenus par les banquiers, τραπεζιτικὰ γράμματα. Démosthène, *C. Timoth.*, § 59. Cf. Plutarque, *De vit. ær. al.*, 5, p. 829, c, ἐφημερίδες. Le mot attique pour désigner les mentions portées sur ces livres paraît avoir été ὑπόμνημα. Démosthène, *loc. cit.*, § 5. Sur la force probante de ces livres en justice, V. Philippi, *Ueber die Be-*

un usage rigoureusement suivi dans les opérations faites avec les trapézites, et plusieurs textes montrent que des témoins pouvaient également assister à ces opérations [1].

Le nombre des témoins présents au contrat n'était déterminé, croyons-nous, ni par la loi, ni même par l'usage. Il devait évidemment varier suivant l'importance de l'acte et le degré de confiance que les parties pouvaient avoir l'une à l'égard de l'autre. Toute généralisation que l'on voudrait tenter relativement au nombre des témoins soit d'après les plaidoyers des orateurs, soit d'après les documents épigraphiques, nous paraît donc arbitraire [2]. Le juge avait, du reste, dans le droit attique comme dans le droit romain, toute liberté pour apprécier, suivant les circonstances de la cause, la valeur des témoignages produits afin d'établir l'existence d'un contrat, et notamment il n'était lié par aucune règle en ce qui concerne le nombre minimum des témoins.

Si l'on en croit un texte de Démosthène, le législateur aurait consacré la force obligatoire des contrats passés devant témoins [3]. Mais, ainsi que nous l'avons admis, cette présence des témoins n'est envisagée que comme un élément de preuve, et le texte en question a plutôt pour objet de consacrer la force obligatoire de la convention résultant du seul échange des consentements [4] [5].

weiskraft der trapezitischen Bücher vor dem Attischen Gesetze, in *N. Jahrb. f. Phil.*, XCIII, p. 611 et s. ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 686 ; Gneist, p. 422 ; Schulthess, p. 129, note 2 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 229, note 2.

(1) Cf. Gneist, p. 420.

(2) V. les recherches faites à ce sujet par Simon, *in Wiener Studien*, t. XII (1890), p. 66 et s. Cf. sur les témoins instrumentaires à Gortyne, Bücheler et Zitelmann, p. 75.

(3) Démosthène, *C. Phœnip.*, § 12. V. *supra*, p. 20, note 1.

(4) *Supra*, p. 26.

(5) Nous rappellerons qu'à Thurium une loi de Charondas, citée par Théophraste (*in* Stobée, XLIV, 22) décidait que les trois plus proches voisins devaient, en cas de vente d'un immeuble, assister à l'échange des consentements. Nous avons précédemment expliqué la portée de cette loi. V. *supra*, t. III, p. 323.

Ce n'est point, au surplus, à l'occasion de la formation des contrats seulement qu'interviennent les témoins dans le droit attique. Ils figurent, d'une manière générale, dans tous les actes ou faits juridiques dont les parties ont intérêt à se ménager une preuve, car, à Athènes, la preuve testimoniale ne comporte aucune limite et elle est admissible en toute hypothèse. On voit, en conséquence, des témoins figurer dans ce que l'on nomme les distracts par opposition aux contrats, et les plaidoyers de Démosthène montrent que si, par exemple, dans le contrat de prêt, l'argent était versé au prêteur, lors de la formation du contrat, en présence de quelques témoins, le remboursement des deniers empruntés, qui opérait la dissolution du contrat, avait lieu en présence de nombreux témoins [1]. C'est qu'en effet l'intervention de ces derniers non-seulement donnait toute sécurité à l'emprunteur pour établir sa libération, mais encore pouvait augmenter son crédit par la suite en portant à la connaissance d'un grand nombre de personnes la fidélité qu'il mettait à remplir ses engagements[2].

On rencontre également des témoins lors des sommations qu'une partie fait à son adversaire, pour le forcer soit à remplir ses obligations [3], soit à faire un acte ou une déclaration destinée à éclaircir un point litigieux [4], sommation que l'on désigne sous le nom général de πρόκλησις. Abstraction faite de la formation des contrats, nous voyons encore des témoins assister aux actes dont nous avons précédemment déterminé la portée et que l'on nomme ἐμβάτευσις, ἐξαγωγή [5], ἀγωγή [6] et ἔμβασις [7]. Les parties appelaient pareille-

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 13. Cf. Démosthène, *C. Onet.*, I, § 19; *C. Phorm.*, § 30 ; *C. Everg. et Mnesib.*, § 64; Théophraste, *Charact.*, 14.

(2) Gneist, p. 419.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 9 ; Démosthène, *C. Apatur.*, § 25.

(4) Lysias, *C. Diogit.*, § 26.

(5) Isee, *De Pyrrhi her.*, § 22. V. *supra*, t. III, p. 403 et s.

(6) V. *supra*, t. II, p. 505, 513 et s.

(7) V. *supra*, t. III, p. 117.

ment des témoins pour constater les atteintes qui avaient pu être portées à leurs droits [1] ou les délits commis contre elles et dont elles se proposaient de demander la réparation en justice [2]. Enfin, en dehors de toute relation d'intérêt pécuniaire, les témoins interviennent dans les actes les plus importants de la vie civile ou politique, comme dans l'engyésis [3] ou l'adoption [4]. Nous ne voulons pas, au surplus, insister sur ce point non plus qu'indiquer ici les règles relatives à la capacité et à l'obligation de témoigner ainsi que, d'une manière générale, à l'administration de la preuve testimoniale, car ce sont là des règles de procédure, qui ne touchent pas au fond du droit [5].

§ 2. — *Contrats écrits.*

Les contrats purement oraux présentaient des inconvénients très grands en raison de l'incertitude et des dangers de la preuve testimoniale. Les auteurs grecs et romains nous apprennent que le faux témoignage et même que le parjure étaient monnaie courante dans le monde hellénique [6], et les orateurs vont même jusqu'à préférer théoriquement les dépositions des esclaves obtenues par la torture aux témoignages libres des citoyens [7]. Aussi avec le développement de l'écri-

(1) Démosthène, *C. Callicl.*, § 5.

(2) Lysias, *Pro sacr. ol.*, § 20 ; Démosthène, *C. Macart.*, § 70.

(3) V. *supra*, t. I, p. 140.

(4) V. *supra*, t. II, p. 23.

(5) V. sur ces différents points : Platner, *Process*, I, p. 215 et s. ; Heffter, p. 304 et s. ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 875 et s.

(6) Théognis, 283 et s. : ἀστῶν μηδενὶ πιστὸς ἐὼν... μήθ' ὅρκῳ πίσυνος μήτε φιλημοσύνῃ, μήθ' εἰ Ζῆν' ἐθέλῃ παρέχειν ἔγγυον ἀθανάτων πιστὰ τιθεῖν ἐθέλων. Hérodote, I, 153 : οὐκ ἔδεισά κω ἄνδρας τοιούτους, τοῖσί ἐστι χῶρος ἐν μέσῃ τῇ πόλει ἀποδεδεγμένος, ἐς τὸν συλλεγόμενοι ἀλλήλους ὀμνύντες ἐξαπατῶσι. Cf. Démosthène, *In Midiam*, § 139 ; *Adv. Conon.*, § 35.

(7) Isocrate, *Trapez.*, § 54 : ὁρῶ δὲ καὶ ὑμᾶς καὶ περὶ τῶν ἰδίων καὶ περὶ τῶν δημοσίων οὐδὲν πιστότερον οὐδ' ἀληθέστερον βασάνου νομίζοντας, καὶ μάρτυρας μὲν ἡγουμένους οἷόντ' εἶναι καὶ τῶν μὴ γεγενημένων παρασκευάσασθαι, τὰς δὲ

ture, la forme écrite devint-elle très usuelle, beaucoup plus que dans le droit romain et, à l'époque des orateurs, les contrats oraux sont extrêmement rares [1]. Les sources nous montrent, en conséquence, les parties prenant soin de rédiger des écrits à l'occasion des contrats les plus divers, vente [2], louage de choses [3] ou louage d'ouvrage [4], prêt [5], dépôt [6], partage [7], compromis [8] cautionnement [10] ou autres [11]. Des écrits sont aussi dressés à l'occasion soit de la formation du mariage [12], soit des conventions matrimoniales [13].

βασάνους φανερῶς ἐπιδεικνύναι ὁπότεροι τἀληθῆ λέγουσιν. Cf. Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 21.

(1) Suivant Gneist, p. 503, il n'y a même pas d'exemple connu de contrat simplement oral postérieurement aux orateurs.

(2) Lycurgue, *C. Leocrat.*, § 23.

(3) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 4, 6 ; *C. Steph.*, I, § 31 ; *C. Pantænet.*, § 5.

(4) Démosthène, *Pro coron.*, § 122 ; Andocide, *C. Alcib.*, § 17 ; Xénophon, *De arte equit.*, II, 2.

(5) Démosthène, *C. Phorm.*, § 5 ; *C. Lacrit.*, § 13 ; *C. Dionysod.*, § 1.

(6) Le *Trapeziticus* d'Isocrate a pour objet des συνθῆκαι écrites relatives à la restitution d'un dépôt. Harpocration, v° ἐπιδιατίθεσθαι, signale la rédaction de συνθῆκαι relativement à une ἐπιδιαθήκη ou somme promise et déposée chez un tiers. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 711.

(7) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 10 : ἐγράψαμεν τὰς συνθήκας καὶ ὅρκους ὠμόσαμεν.

(8) Cf. loi de Solon citée par Gaius, l. 4, D. *De coll. et corpor.*, XLVII, 22 : ὅτι ἂν [illegible] διαθῶνται.

(9) Démosthène, *C. Apatur.*, § 14 ; *C. Phorm.*, § 18.

(10) Démosthène, *C. Apatur.*, § 35.

(11) Ainsi Athénée, liv. VI, p. 735 (Bud.), attribue à Hippocrate une sorte de contrat *facio ut facias* qui avait été passé par écrit : τοὺς οὖν θεραπευομένους ὑπ' αὐτοῦ τὰς ἱερὰς καλουμένας νόσους, συγγράφεσθαι ἠνάγκαζεν, ὅτι ὑπακούσονται αὐτῷ δοῦλοι περισωθέντες καὶ ἠκολούθουν.

(12) V. *supra*, t. I, p. 140.

(13) V. *supra*, t. I, p. 280. Les affranchissements, ainsi que le prouvent les nombreuses inscriptions de Delphes, étaient ordinairement gravés sur pierre. Une inscription d'Amphissa (*Bulletin*, V, p. 452) nous montre la maitresse d'un esclave qui, ne sachant pas écrire elle-même, fait écrire en sa présence l'acte d'affranchissement par un tiers : χειρόγραφον... παροῦσαν καὶ κελεύουσαν γράφειν ὑπὲρ αὐτάν. Cela prouve, suivant Beaudoin (*loc. cit.*), que le maitre devait, dans cette ville, remettre par écrit l'acte d'affranchissement, qui était ensuite consigné dans les archives du temple.

Les parties prenaient même soin de passer par écrit des contrats ayant une *turpis causa*, comme ceux qui avaient pour objet la prostitution, et les sources parlent plusieurs fois d'une ἑταίρησις κατὰ συγγραφήν [1].

On trouve dans les auteurs des termes très divers pour désigner les contrats écrits, termes qui sont pour la plupart indiqués dans le passage suivant de Pollux : συγγραφή, συνάλλαγμα, συμβόλαιον, γραμματεῖον, συνθήκη ἔγγραφος, ὁμολογία ἔγγραφος [2]. En ce qui concerne d'abord le mot συγγραφή [3], abstraction faite de la question de savoir s'il possède un sens technique, ce que nous examinerons ultérieurement, il devait probablement, à l'origine, désigner les actes écrits au moyen d'un style (γράφειν), sur des tablettes de cire, par opposition à ceux qui étaient écrits avec de l'encre sur des papyrus [4]. En tout cas, à l'époque des orateurs, la συγγραφή est un écrit quelconque, quel que soit son mode de rédaction, et sur lequel les parties constatent leurs conventions [5], d'où les expressions συγγραφὴν γράφειν, συγγραφὴν συγγράφειν, ou simplement συγγράφεσθαι pour dire contracter [6]. Quelquefois on rencontre le mot en question au pluriel, συγγραφαί, alors cependant qu'il est question d'un seul contrat [7].

Le mot γραμματεῖον, que Pollux donne comme synonyme de συγγραφή, possède dans la langue attique un double sens. Tantôt il désigne la substance même employée pour la ré-

(1) Eschine, *C. Timarch.*, §§ 160, 165; Pollux, VIII, 140. V. *supra*, p. 42.

(2) Pollux, VIII, 140.

(3) Ainsi que l'observent Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 297, note 2, les Grecs disaient συγγραφή et σύγγραφος. Les Athéniens employaient l'une et l'autre forme.

(4) Gneist, p. 432. Pollux, X, 57, περὶ βιβλίων καὶ τῶν αὐτὰ γράφειν σκευῶν, indique les matières suivantes dont on pouvait se servir : βιβλία, χάρτας, πύλας, διφθέρας, γραμματεῖα, γραμματίδια, δέλτους, δελτία. Cf. Gneist, p. 437.

(5) Le scholiaste de Thucydide, V, 35, définit la συγγραφή une συμφωνία γεγραμμένη.

(6) Gneist, p. 432; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 678.

(7) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 679, note 539.

daction de l'acte. C'est ainsi que Démosthène parle d'un γραμματεῖον λελευκωμένον (papyrus blanchi) qu'il oppose aux tablettes de cire (ἐν μάλθῃ γεγραμμένην) et sur lesquelles, dit-il, on peut facilement ajouter ou effacer ce que l'on veut [1]. Tantôt il désigne le titre même, indépendamment de la substance sur laquelle il a été rédigé [2]. Quelquefois, comme diminutif du mot γραμματεῖον, les lexicographes signalent les expressions γραμματείδιον ou γραμματίδιον [3].

L'expression συνθήκη désigne tantôt, dans un sens large, la convention même des parties, et c'est là même son sens étymologique [4], tantôt l'écrit même qui la constate et, dans ce dernier sens, elle est fréquemment employée par les orateurs concurremment avec l'expression συγγραφή [5]. La même observation peut être faite pour les mots συμβόλαιον et συνάλλαγμα [6] qui, bien que désignant habituellement la con-

(1) Démosthène, *C. Stephan.*, II, § 11. Cf. Pollux, X, 57. Bekker, *Anecd.*, 226, 26 : γραμματεῖον τὸ πινακίδιον λέγουσιν.

(2) Eschine, *C. Timarch.*, § 160 : ὅστις μὴ κατὰ συγγραφὰς ἐμισθώθη καὶ γραμματεῖον. § 165 : ἐμισθωσάμην Τίμαρχον ἑταιρεῖν ἐμαυτῷ κατὰ τὸ γραμματεῖον τὸ παρὰ Δημοσθένει κείμενον. Isocrate, *Trapez.*, c. 23 : εὑρέθη γὰρ ἐν τῷ γραμματείῳ γεγραμμένον. Lysias, *C. Diogit.*, § 7 : γράμματα σεσημασμένα.... ἐκ τούτων τῶν γραμματείων. Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 35-37 emploie indifféremment les mots συγγραφή, γράμματα, γραμματεῖον et συνθήκη.

(3) Pollux, X, 57; Hézychius, v° γραμματίδιον. V. les autorités citées par Gneist, p. 434.

(4) Cf. Gneist, p. 434.

(5) Démosthène, *Pro coron.*, § 29 ; *C. Apatur.*, §§ 14 et 35 ; *C. Phorm.*, §§ 5 et 46 ; *Pro Phorm.*, § 4 ; *C. Pantaenet.*, § 5 ; *C. Stephan.*, I, § 32 ; *C. Olympiod.*, §§ 10, 50, 51 ; *C. Dionysiod.*, § 6 ; Isocrate, *Trapezit.*, c. 23 ; Lycurgue, *C. Leocrat.*, § 23 ; Eschine, *C. Timarch.*, §§ 161, 164.

(6) Démosthène, *C. Phorm.*, § 32 : δύο συγγαφὰς ἐποιήσαντο ὑπὲρ τοῦ συμβολαίου. Dans son plaidoyer contre Zénothémis, § 2, Démosthène distingue de même la συγγραφή du συμβόλαιον : οὐδὲν ἦν συμβόλαιον, οὐδὲ συγγραφή, c'est-à-dire qu'il n'y avait eu ni convention, ni acte écrit. Cf. Démosthène, *C. Apatur.*, § 3 : ἄλλου δὲ συμβολαίου οὐκ ὄντος ἐμοὶ πρὸς τοῦτον, οὔτε ναυτικοῦ οὔτ' ἐγγαίου. Le même orateur distingue ainsi la συγγραφή du συνάλλαγμα. *C. Apatur.*, § 12 : τὰς συγγραφὰς ἀνειλόμεθα καὶ τῶν συναλλαγμάτων ἀπηλλάξαμεν ἀλλήλους.

vention, sont aussi appliqués, mais à une époque ultérieure, à l'écrit dressé par les parties (1) (2).

Il est une dernière expression, celle de χειρόγραφον, dont le sens est assez obscur, et qui désigne également un écrit dressé *ad probationem*. On ne la rencontre pas avant Polybe (3), et le Pseudo-Ascanius, dans une définition célèbre sur laquelle nous aurons l'occasion de nous expliquer bientôt (4), oppose les *chirographa* aux *syngraphae*. Saumaise, se fondant sur un passage de Démosthène (5), où l'orateur dit que les prêts étaient écrits soit sur des tablettes (γραμματίδιον), soit sur des papyrus (βιβλίδιον), estime que la différence entre le χειρόγραφον et la συγγραφή tenait à la diversité des matières employées pour la rédaction de l'acte (6). Mais cette distinction, ainsi que Gneist, l'a parfaitement établi, manque absolument de base. A supposer, d'ailleurs, que Démosthène ait voulu faire une opposition entre les divers modes de rédaction de l'acte, il resterait à démontrer qu'il résulte une différence juridique quelconque de l'emploi de

(1) Cf. Gneist, p. 435, 436. A la basse époque, on rencontre encore pour désigner les actes écrits les expressions ἐπιστολή et ἀσφάλεια, cette dernière étant plus spécialement appliquée aux quittances. Cf. Gneist, p. 436. Sur la σκυτάλη usitée à Sparte, v. *infra*, chap. II, sect. III, Contrat de prêt. Au surplus, les actes écrits sont quelquefois désignés par leur contenu même. Cf. Gneist, p. 437, 12°.

(2) Sur le mot ὁμολογία, v. *supra*, p. 15, note 2.

(3) Polybe, XXX, 8, 4 : ἐλεγχόμενοι γὰρ κατὰ πρόσωπον ὑπὸ τῶν ἰδίων χειρογράφων καὶ τῶν ὑπουργῶν, οὐ μόνον ἀτυχεῖν, ἔτι δὲ μᾶλλον ἀναισχυντεῖν ἔδοξαν. Cf. Pollux, II, 152 : Ὑπερίδης δὲ ἐν τῷ ὑπὲρ Λυκόφρονος καὶ τὸ ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον χειρόγραφον χεῖρα ὠνόμασεν, εἰπών, οὔτε τὴν αὑτοῦ χεῖρα δυνατὸν ἀρνήσασθαι. V. sur le sens des mots ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον, Gneist, p. 438-439. Une loi d'Ephèse de 87 av. J. C. parle de ceux qui sont créanciers en vertu de τὰ συμβόλαια τά τε ναυτικὰ καὶ κατὰ χειρόγραφα (l. 50), ce que Dareste, Haussoulier et Reinach traduisent (p. 27) « prêts à la grosse et billets chirographaires. »

(4) V. *infra*, p. 73 et s.

(5) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 1.

(6) Saumaise, *De modo usur.*, p. 420 : χειρόγραφον : titulus in charta involvenda scribi consuetus, manu ut plurimum ipsius debitoris, qua sola subscribebatur, non a testibus, nec signatum, sed a creditore tantum servandum. συγγραφαί : conscribi solebant in tabulis cera inductis, neutrius partium, sed

tel ou tel mode, et c'est ce qu'on n'a point fait [1]. L'interprétation la plus vraisemblable consiste à voir dans le χειρόγραφον un acte signé par une des parties seulement, comme en cas de prêt, tandis que la συγγραφή, ainsi que l'indique son étymologie, aurait été signée par les deux parties, lorsque, comme en cas de vente, le contrat imposait des obligations à chacune d'elles [2]. Au surplus, la question manque d'intérêt pour le droit attique, puisque le χειρόγραφον n'y était pas connu à l'époque que nous étudions [3].

Dans la rédaction des écrits destinés à assurer la preuve de leurs conventions, les parties usaient de grandes précautions pour se prémunir contre la mauvaise foi de leurs cocontractants, et les anciens auteurs ne manquent pas de relever la différence qui existait à ce sujet entre la pratique des Romains et celle des Grecs [4]. Ainsi d'abord les contractants confirmaient habituellement par des serments solennels les conventions arrêtées entre eux et déjà rédigées par écrit. C'est ce que firent notamment Callistrate et Olympiodore après avoir dressé l'acte de partage concernant la suc-

alterius manu ; obsignabantur a testibus ; obsignatae deponebantur ac servabantur vel..., in publico loco, vel penes privatum. Saumaise dit, en outre, p. 403 : syngrapharum exempla, sive apographa, quæ utrique servanda parti tradebantur, nec obsignata, nec testibus subsignata, in charta, hoc est in βιβλιδίῳ, similiter ut chirographa, moris erat conscribi.

(1) Cf. Gneist, p. 478 ; Büchsenschütz, p. 482, note 3 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 10-11 ; Hermann-Blümner, p. 461, note 3 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 684, 685.

(2) Hermann-Thalheim, p. 107, note 4. Cf. Mitteis, p. 484.

(3) Cf. Gneist, p. 437-438 ; Meier, Schœmann et Lipsius, *loc. cit.* ; Philippi, *Symbolæ*, p. 5.

(4) Polybe, VI, 56 : οἱ τὰ κοινὰ χειρίζοντες παρὰ μὲν τοῖς Ἕλλησιν, ἐὰν τάλαντον μόνον πιστευθῶσιν, ἀντιγραφεῖς ἔχοντες δέκα καὶ σφραγῖδας τοσαύτας καὶ μάρτυρας διπλασίους οὐ δύνανται τηρεῖν τὴν πίστιν· παρὰ δὲ Ῥωμαίοις δι' αὐτῆς τῆς κατὰ τὸν ὅρκον πίστεως τηροῦσι τὸ καθῆκον. Cf. Cicéron, *Epist. ad fam.*, VII, 18, 1 : « Quoniam vestræ cautiones infirmæ sunt, Græculam tibi misi cautionem chirographi mei. » On peut toutefois éprouver des doutes sur la loyauté respective des Grecs et des Romains. Velleius Paterculus (II, 13, 4) nous dit, en effet : « Adeo certa Atheniensium in Romanos fides fuit, ut semper et in omni re quidquid sincera fide gereretur, id Romani Attica fieri prædicarent. »

cession de Conon [1]. Le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Dicéogène mentionne également un autre partage de succession confirmé par serment [2]. On rencontre des exemples de serment promissoire dans d'autres contrats. Ainsi, autant qu'on peut le conjecturer d'après une inscription assez mutilée, l'entrepreneur de travaux publics devait, à Athènes, s'engager par serment à exécuter ces travaux dans le délai convenu et conformément à toutes les conditions du contrat [3]. Cette conjecture se fortifie, du reste, par la comparaison du contrat d'entreprise d'Erétrie, où il est dit que l'adjudicataire devra s'engager avec ses cautions par serment à garantir le parfait dessèchement du marais et le paiement de la redevance stipulée [4]. Le serment promissoire est également pratiqué, en dehors d'Athènes, soit dans des baux [5], soit dans des ventes [6], soit enfin dans des actes d'affranchissement sous forme de vente à la divinité [7].

Le serment promissoire n'était toutefois qu'une garantie assez incertaine et aussi aléatoire que la bonne foi du contractant. Les parties cherchaient, en conséquence, le plus souvent une sûreté supplémentaire dans la présence de témoins au contrat écrit. Leur assistance est signalée plusieurs fois par les orateurs [8], et il est probable que la règle

(1) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 10 : ταῦτα δὴ πάντα προνοούμενοι ἐγράψαμεν τὰς συνθήκας καὶ ὅρκους ὠμόσαμεν, ὅπως μήθ' ἑκόντι μήτε ἄκοντι μηδετέρῳ ἐξουσία ἡμῶν γένηται μηδ' ὁτιοῦν ἰδίᾳ πρᾶξαι.

(2) Isée, *De Dicæog. her.*, § 7 : ὀμόσαντες μὴ παραβήσεσθαι τὰ ὡμολογημένα.

(3) *Corp. inscr. att.*, II, 167, v. 33 : ὅ[ρ]κῳ πι[σ[τω]σαι ἐν τῇ βουλ[ῇ] κατὰ [τὸν νόμον sc. locationis, suivant la restitution adoptée par Ziebarth (*De jurejurando*, p. 49) d'après O. Müller.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 148, l. 33.

(5) *Bulletin*, III, 253, l. 54. Cf Ziebarth, *loc. cit.*

(6) Théophraste, *in* Stobée, *Flor.*, XLIV, 22, 3 (*supra*, t. III p. 306) ; Dittenberger, *Sylloge*, 6, 6 ; *Bulletin*, IV, 341. Cf. Ziebarth, *loc. cit.*

(7) Wescher et Foucart, n° 407. Cf. Ziebarth, p. 15.

(8) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 11 ; *C. Lacrit.*, §§ 9 et 17. Cf. Aristote, *Rhet.*, I, 15, p. 1376, b.

posée par Platon [1], d'après laquelle la caution devait s'engager par écrit et en présence de témoins dont le nombre variait suivant l'importance du contrat, sans reproduire exactement une disposition du droit positif, était du moins inspirée par la pratique athénienne [2]. Le nombre des témoins varie, du reste, suivant les circonstances, et il n'est fixé par aucune loi. Leur mission consiste enfin exclusivement à attester, le cas échéant, l'existence du contrat qui s'est passé en leur présence; mais les témoins, comme nous le verrons, n'interviennent d'une façon active à l'acte ni en le signant, ni en le scellant [3]. Mais aussi la déposition des témoins peut avoir une importance capitale sur la décision du juge malgré l'existence d'un écrit. Si, dans nos législations modernes, le principe est que lettres passent témoins, la règle était, au contraire, à Athènes, comme dans notre ancien droit, que témoins passent lettres, car le juge avait toute liberté dans son appréciation des preuves qui lui étaient soumises. Aussi Isocrate peut-il en appeler au *merum arbitrium* des juges et dire, dans un de ses plaidoyers : οὐκ ἂν δικαίως ἐμοὶ μᾶλλον ἢ τούτῳ περὶ τοῦ γραμματείου πιστεύοιτε [4].

Une autre garantie consiste dans l'apposition sur le contrat du sceau [5] des parties. Cette formalité remplace la signature. C'est qu'en effet, dans l'ancien droit grec, on n'attachait aucune importance au fait même de la confection de l'acte par la partie à qui il imposait des obligations [6]. L'apposition du sceau avait donc seulement pour but d'attester, le cas échéant, l'identité de l'acte produit en justice avec

(1) Platon, *Leges*, XII, 953, e.

(2) Gneist, p. 444.

(3) V. *infra*, p. 59.

(4) Isocrate, *Trapezit.*, § 28.

(5) V. sur les sceaux employés en Grèce, Hermann-Blümner, p. 198.

(6) Gneist, p. 441. L'usage de signer les actes ne se développa qu'à la basse époque. Il apparaît dans les papyrus gréco-égyptiens. Cf. Gneist, p. 460 et s.

celui où l'on avait consigné les conventions des parties. Aussi une loi de Solon avait-elle interdit aux fabricants de sceaux de garder un double de ceux qu'ils vendaient [1]. L'apposition des sceaux était d'un usage très répandu, et Démosthène la signale comme la règle dans les contrats écrits, à peu près seuls usités de son temps [2]. Cette formalité paraît même avoir servi à donner à l'acte sa perfection, comme aujourd'hui l'échange des signatures. Ainsi Hypéride s'exprime de manière à faire croire que son client ne fut lié qu'après que le contrat préparé par Athénogène eut été scellé. Il observe, d'autre part, que l'apposition des sceaux a eu également pour but de dissimuler désormais la teneur de l'acte aux gens de sens rassis qui auraient pu le trouver exorbitant [3].

L'acte est scellé, en principe, par les deux parties contractantes, et quelquefois aussi par les cautions qui garantissent leurs engagements [4]. Mais il ne l'est point par les témoins qui ont assisté à l'échange des consentements. On a prétendu, il est vrai, que les témoins non-seulement scellent, mais encore signent le contrat [5]. Le texte qui sert de fondement à cette opinion est emprunté au plaidoyer de Démosthène contre Lacritos où l'orateur produit en justice une συγγραφή dont il confirme les dispositions par le témoignage de diverses personnes présentes au contrat, et dont les noms de trois d'entre elles se trouvent

(1) Diogène Laërce, I, 57.

(2) Démosthène, *C. Apatur.*, § 36 : πάντες ἄνθρωποι, ὅταν πρὸς ἀλλήλους ποιῶνται συγγραφάς, τούτου ἕνεκα σημηνάμενοι τίθενται παρ' οἷς ἂν πιστεύσωσι. Cf. Démosthène, *C. Spud.*, § 21.

(3) Hypéride, *C. Athenog.*, IV, 4 : καὶ σημαίνεται τὰς συνθήκας εὐθὺς ἐν τῇ αὐτῇ οἰκίᾳ, ἵνα μηδεὶς τῶν εὖ φρονούντων ἀκούσαι τὰ ἐγγεγραμμένα. VIII, 18 : ταῖς συνθήκαις ἰσχυρίζῃ ἃς ἐνεδρεύσαντές με σὺ καὶ ἡ ἑταίρα σου ἐσημήνασθε.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 15 : κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου... τούτου αὐτοῦ γράφοντος καὶ συσσημηναμένου.

(5) Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1re éd., p. 661 ; de Vries, p. [illegible] ; Bœckh, I, p. 161 ; Schæfer, *Demosth. u. seine Zeit*, III, B. p. 287. Cf. Saumaise, *De mod. usur.*, p. 399.

relatés à la fin de la συγγραφή [1]. Mais cela ne prouve nullement, selon nous, qu'ils aient signé l'acte ni qu'ils y aient apposé leurs sceaux. La mention de leurs noms pouvait servir uniquement à rappeler aux parties ou à leurs héritiers les personnes dont le témoignage pouvait être ultérieurement invoqué devant les tribunaux pour confirmer les dispositions insérées dans la syngraphè [2].

Le contrat dressé conformément aux règles précédentes est ordinairement déposé par les parties chez une personne investie de leur confiance. Le texte de Démosthène précédemment cité [3] témoigne de la généralité de cet usage. Il montre également le but de ce dépôt qui est d'assurer la conservation de l'acte et de donner aux parties, en cas de contestation, le moyen d'y recourir facilement pour y trouver la preuve de leurs droits : ἐάν τι ἀντιλέγωσιν, ᾖ αὐτοῖς, ἐπανελθοῦσιν ἐπὶ τὰ γράμματα, ἐντεῦθεν τὸν ἔλεγχον ποιήσασθαι περὶ τοῦ ἀμφισβητουμένου [4]. Ce dépôt s'effectuait non seulement pour les testaments, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué en exposant les formes de ces actes [5], mais encore pour les contrats de toute sorte, prêts [6], ventes [7], compromis [8] ou autres [9].

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, §§ 13 et 14.

(2) V. en ce sens : Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 679, note 542 ; Philippi, *Symbolæ*, p. 6 et s.; Hermann-Thalheim, p. 108, note 1. Nous avons vu, en étudiant les règles des testaments (*supra*, t. III, p. 659) que les témoins testamentaires n'ont pas non plus à signer ni à sceller l'acte.

(3) Démosthène, *C. Apatur.*, § 36, v. *supra*, p. 59, note 2.

(4) Démosthène, *ibid.*

(5) V. *supra*, t. III, p. 662 et s.

(6) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 14 ; *C. Phorm.*, § 6.

(7) Lycurgue, *C. Leocrat.*, § 23.

(8) Démosthène, *C. Apatur.*, § 15.

(9) Isocrate, *Trapezit.*, §§ 19-23. Le banquier Pasion fait à un étranger la promesse écrite de lui rembourser une somme d'argent, et les parties conviennent de confier l'acte à un capitaine de navire nommé Pyron. Dans le plaidoyer de Démosthène contre Zénothémis, § 16, l'orateur dit qu'Hégestrate et son complice Zénothémis, avant de mettre à exécution leur criminel projet, ont déposé leur contrat écrit entre les mains d'un des passagers. Cf. *Corp. inscr.*

Ce dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers s'effectue quelquefois sans témoins, ou du moins les textes ne mentionnent pas leur assistance. Ainsi Callistrate, en parlant du compromis qu'il a passé avec Olympiodore relativement au partage de la succession de Conon, prend soin de dire que son adversaire et lui ont pris à témoin de cette convention et les dieux et plusieurs de leurs parents, « et enfin, ajoute-t-il, Androclide d'Acharnes, chez lequel nous déposâmes le contrat », mais sans indiquer que ce dépôt ait été accompagné de la même publicité [1]. Toutefois habituellement le dépôt de l'acte s'effectuait, comme sa rédaction même, en présence de témoins, et les mêmes témoins qui ont assisté à la passation du contrat peuvent également être présents à la remise du titre entre les mains du dépositaire. Ainsi, dans le procès de Lacritos, les cinq personnes qui viennent témoigner du dépôt de l'acte de prêt chez Archénomide, déclarent en même temps qu'elles étaient présentes lorsqu'Androclès a prêté l'argent à Apollodore et à Artémon, et les noms de trois d'entre elles sont de plus indiqués à la fin de la syngraphè avec leur qualité de témoins [2]. La mission de ces témoins du dépôt consiste du reste uniquement à venir attester, le cas échéant, le fait même de ce dépôt, mais non à déposer sur la portée des conventions renfermées dans l'acte déposé, à moins cependant que les mêmes personnes n'aient assisté à la fois à la formation du contrat et au dépôt de l'acte [3].

En confiant ainsi l'acte à un tiers, les parties peuvent donner au dépositaire des instructions spéciales relativement à la garde ou même à la destruction du titre : telles sont celles

att., II, 573 : ἀντίγραφα τῶν συνθηκῶν εἰς στήλην λιθίνην καὶ στῆσαι ἐν τῇ ἀγορᾷ τῶν δημοτῶν.

(1) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 11 : καὶ ἔπειτ' Ἀνδροκλείδην Ἀχαρνέα, παρ' ᾧ κατεθέμεθα τὰς συνθήκας.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 14.

(3) Gneist, p. 451.

dont il est question dans le *Trapeziticus* d'Isocrate [1]. Le retrait de l'acte d'entre les mains du dépositaire, ou sa destruction de l'accord des parties contractantes, peut valoir comme révocation du contrat même [2]. Le plaidoyer de Démosthène contre Olympiodore atteste, d'autre part, que lorsqu'un des contractants voulait attaquer le contrat, c'était l'usage qu'il fît au dépositaire de l'acte une déclaration portant qu'il considérait désormais le contrat comme sans effet à son égard. L'orateur ajoute même que son adversaire aurait dû faire cette démarche auprès du dépositaire d'abord seul, puis en présence de nombreux témoins, afin qu'elle fût connue d'un grand nombre de personnes. L'orateur lit, en conséquence, le témoignage du dépositaire pour prouver qu'Olympiodore n'a rien fait de semblable [3].

Les parties peuvent aussi se rendre chez le dépositaire pour prendre en commun une copie du contrat (ἀντίγραφα), afin de la mettre sous les yeux des juges, puis elles apposent de nouveau leurs sceaux sur l'original qui reste entre les mains du dépositaire, à moins que les parties ne le confient à une autre personne [4]. L'original peut également être apporté à l'audience même, pour qu'il en soit donné lecture au tribunal, le contrat étant ensuite scellé à nouveau devant les juges et remis au dépositaire [5].

Ordinairement, du reste, c'est au moment même de la formation du contrat et de la rédaction de l'original que les

(1) § 20 : ταῦτα δὲ συγγράψαντες καὶ ἀναγαγόντες εἰς ἀκρόπολιν Πύρωνα Φεραῖον ἄνδρα, εἰθισμένον εἰσπλεῖν εἰς τὸν Πόντον, δίδομεν αὐτῷ φυλάττειν τὰς συνθήκας, προστάξαντες αὐτῷ ἐὰν μὲν διαλλαγῶμεν πρὸς ἡμᾶς αὐτούς, κατακαῦσαι τὸ γραμματεῖον, εἰ δὲ μή, Σατύρῳ ἀποδοῦναι.

(2) Arg. Démosthène, *C. Dionysod.*, § 15. Cf. Gneist, p. 452.

(3) Démosthène, *C. Olympiod.*, §§ 46, 47.

(4) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 48 : ἐγὼ γάρ... ἠξίωσα ἀκολουθῆσαι ὡς Ἀνδροκλείδην, παρ' ᾧ κεῖνται αἱ συνθῆκαι, καὶ κοινῇ ἐκγραψαμένους ἡμᾶς τὰς συνθήκας πάλιν σημήνασθαι, τὰ δ' ἀντίγραφα ἐμβαλέσθαι εἰς τὸν ἐχῖνον. Cf. Démosthène, *C. Spud.*, § 21.

(5) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 50.

parties prennent des copies de l'acte [1]. Le but de ces copies, c'est, d'après Démosthène, que les parties connaissent leurs engagements et s'abstiennent d'y contrevenir [2]. Pour plus de sécurité et pour diminuer les chances de destruction ou d'altération, les parties peuvent aussi rédiger deux originaux et les déposer chez des personnes différentes [3].

Les dépositaires des contrats, simples particuliers ou banquiers, étaient dépourvus de tout caractère officiel et entre leurs mains les actes n'étaient pas toujours en sûreté. Soit par incurie, soit par malveillance, ces actes étaient souvent altérés ou même supprimés, et les plaidoyers des orateurs font plus d'une fois allusion à des faits de ce genre. Ainsi Aristoclès, assigné en justice pour produire l'acte dont il avait reçu le dépôt, vient déclarer que l'esclave qui le servait avait perdu cette pièce pendant son sommeil [4]. De même, lorsqu'on veut consulter l'acte contenant la promesse faite par le banquier Pasion à un étranger de lui rembourser une somme d'argent, et déposé entre les mains du capitaine de navire Pyron, cet étranger constate, à son grand étonnement, que l'acte contient une décharge complète en faveur du banquier [5].

Pour se prémunir entre la négligence ou la fraude du dépositaire, les parties confiaient parfois le titre à la garde

(1) Le discours de Démosthène contre Panténète, § 42, laisse supposer qu'à moins de circonstances exceptionnelles, les parties prenaient des copies de l'acte : διὰ γὰρ τὸν θόρυβον... οὐδὲν οὔτ' ἀντίγραφον οὔτ' ἄλλο οὐδὲν ἐποιησάμην τοιοῦτου. Cf. Gneist, p. 444.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 28 : ὅτι διαθηκῶν οὐδεὶς πώποτε ἀντίγραφα ἐποιήσατο, ἀλλὰ συγγραφῶν μὲν, ἵνα εἰδῶσι καὶ μὴ παραβαίνωσι, διαθηκῶν δὲ οὐ. Nous avons vu précédemment (*supra*, t. III, p. 662) ce qu'il fallait penser de cette affirmation de l'orateur que, pour les testaments, à la différence des contrats, on ne fait jamais de copies de l'acte. Cf. Hypéride, *C. Athenog.*, IV, 20 : τοὺς φίλους καὶ τοὺς οἰκείους συνήγαγον καὶ τὰ ἀντίγραφα τῶν συνθηκῶν ἀνεγιγνώσκον...

(3) Démosthène, *C. Phorm.*, § 32 : δύο συγγραφὰς ἐποιήσαντο ὑπὲρ τοῦ συμβολαίου, ὡς ἂν οἱ μάλιστ' ἀπιστοῦντες.

(4) Démosthène, *C. Apatur.*, § 18.

(5) Isocrate, *Trapezit.*, §§ 19-23. Cf. Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 40, 41.

d'un temple. Ainsi l'acte de prêt passé entre Arkésiné d'Amorgos et Alexandre devait être conservé dans le temple d'Héra [1]. De même, l'acte constatant l'engagement pris par Chærephanès envers la cité d'Erétrie de dessécher un marais devait être placé dans le temple d'Apollon Daphnéphoros [2]. On voit encore à Ephèse que les procès-verbaux des partages durent être déposés par les soins des Néopes dans les archives du temple [3]. Toutefois, ainsi qu'on l'a observé [4], dans les deux premiers cas, l'Etat était une des parties contractantes, et dans le troisième, si les partages étaient des actes intervenus entre particuliers, c'était cependant l'Etat qui en avait pris l'initiative afin de liquider dans la ville d'Ephèse la question des dettes : il était donc naturel que, dans ces diverses hypothèses, les titres fussent gardés dans un édifice public. On comprend également que le testament de Naucratès ait été déposé dans le temple d'Aphrodite à Amorgos [5], car la déesse se trouvait elle-même au nombre des légataires institués. Mais on peut douter que les actes dont les dispositions ne concernaient en aucune façon l'Etat ou les dieux fussent également déposés dans des édifices publics [6]. Le doute est d'autant plus légitime que les inscriptions d'Orchomène nous montrent plusieurs contrats où figurait cette cité, déposés chez de simples particuliers [7].

Dans la plupart des villes, les archives publiques servaient de dépôt aux titres de propriété ou de créance des

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 320, XV, B, l. 52.

(2) *Ibid.*, p. 144, l. 13.

(3) *Ibid.*, p. 32, l. 21.

(4) Guiraud, p. 293.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 110, n° 24.

(6) Guiraud, p. 294.

(7) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 276, l. 26, p. 278, l. 34-37, p. 282, l. 121-122, p. 286, l. 168-169, p. 304, l. 17-18, p. 305, l. 7 et s., p. 306, l. 17 et s.

particuliers. Dareste [1] a dressé la liste des villes où les actes privés se trouvaient ainsi déposés dans un local spécial, diversement qualifié, du reste, suivant les localités mais généralement désigné sous le nom de χρεωφυλάκιον [2]. Ce sont principalement des villes d'Asie-Mineure. Il paraît, au témoignage de Plutarque [3], que toutes les villes de Béotie possédaient un semblable dépôt, et l'inscription d'Orchomène révèle, en effet, l'existence d'un θεσμοφυλάκιον dans cette cité [4]. Il est probable, d'ailleurs, que l'on découvrira encore d'autres villes ayant possédé une institution de ce genre [5]. Les diverses inscriptions relevées par Dareste montrent que le dépôt des titres avait lieu non seulement pour les créances hypothécaires, mais aussi pour de simples créances chirographaires. On voit également déposer un acte d'adoption, et il est probable que l'on confiait encore à ces dépôts publics les actes concernant les mutations de propriété, ventes ou donations, à supposer qu'ils ne fussent pas déjà soumis à un enregistrement officiel [6]. Les titres déposés se trouvaient sous la surveillance d'un ou de plusieurs magistrats responsables, et leur conservation fidèle se trouvait ainsi singulièrement assurée, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, comme l'incendie du χρεωφυλάκιον de Jérusasalem par les factieux en l'an 66 après J.-C. [7].

La conservation des titres dans l'intérêt même des parties contractantes paraît avoir été le seul but de l'institution du χρεωφυλάκιον. On ne voit point que, comme Hofmann [8] pa-

(1) *Bulletin*, VI (1882), p. 241 et s. Cf. Hirschfeld, *in Kœnigsberger Studien*, 1887, p. 125, n° 1 ; *Bulletin*, XII, p. 232 et s.

(2) On rencontre également les expressions : γραμματοφυλάκιον, ἀρχειοφυλάκιον, τεθμοφυλάκιον ou θεσμοφυλάκιον, γραμματεῖον, ἀρχεῖον.

(3) Plutarque, *Quæst. græcæ*, 8, p. 292, d.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 280, l. 77.

(5) V. *Bulletin*, XIII, p. 70. Cf. Guiraud, p. 294.

(6) V. *supra*, t. III, p. 327 et s.

(7) Josèphe, *De bello judaïco*, II, 31 (XVII, Didot) : σπεύδοντες τὰ συμβόλαια τῶν δεδανεικότων καὶ τὰς εἰσπράξεις ἀποκόψαι τῶν χρεῶν.

(8) Hofmann, p. 97.

raît le croire, le dépôt des titres ait eu quelque analogie avec la transcription de certains contrats sur des registres publics. Rien n'établit, en effet, que le χρεωφυλάκιον ait été ouvert au public et que toute personne, ou même seulement celles qui y avaient un intérêt légitime, aient pu prendre communication des titres déposés [1]. On peut d'autant moins le supposer que le plus souvent on se contentait de déposer aux archives une simple copie (ἀντίγραφον) [2], ou même une contre-empreinte des sceaux (ἐκσφράγισμα) [3].

L'existence des χρεωφυλάκια dans la plupart des villes grecques devait entraîner assez rapidement le développement d'une institution analogue au notariat moderne pour la confection des actes privés. Les parties, en effet, étaient naturellement amenées à s'adresser aux fonctionnaires préposés à la conservation des titres [4] pour leur demander non-seulement de garder des actes dressés par elles, mais encore de rédiger eux-mêmes ces actes, en leur conférant ainsi un cachet supplémentaire d'authenticité. Aussi Dion Chrysostome signale-t-il comme fort répandu de son temps l'usage de passer des contrats de toutes sortes devant les autorités locales : achats d'immeubles, de navires ou d'esclaves, prêts, donations, affranchissements, dans tous les cas, dit-il, il est beaucoup plus sûr de prendre les autorités municipales à témoin de l'acte [5]. Un décret d'Amorgos,

(1) Cf. Hitzig, p. 53.

(2) L'original de l'acte, qui restait alors entre les mains de la partie intéressée, mentionnait le dépôt d'une copie aux archives, ainsi que l'année du dépôt (ἐπὶ ἀρχιερέως ...). Dareste, *loc. cit.*, p. 241.

(3) V. les inscriptions citées par Dareste, *loc. cit.*, p. 241.

(4) Dion Chrysostome, XXXI, p. 593, R : σκοπεῖτε δέ, ὅτι πάντες ἡγοῦνται κυριώτερα ταῦτα ἔχειν, ὅσα ἂν δημοσίᾳ συμβάλλωσι διὰ τῶν τῆς πόλεως γραμμάτων· καὶ οὐκ ἔνι λυθῆναι τῶν οὕτω διωκημένων οὐδέν· οὐκ εἴ τις ὠνήσαιτο παρά του χωρίον ἢ πλοῖον ἢ ἀνδράποδον· οὔτ' εἶτα δανείσειεν, οὔτ' ἂν οἰκέτην ἀφῇ τις ἐλεύθερον, οὔτ' ἄν δῷ τινα δωρεάν. τί δήποτε συμβέβηκεν, τοῦτ' εἶναι βεβαιότερον τῶν ἄλλων ; ὅτι τὴν πόλιν μάρτυρα ἐποιήσατο τοῦ πράγματος ὁ τοῦτον τὸν τρόπον οἰκονομήσας τι τῶν ἑαυτοῦ.

(5) On leur donne différents noms : ἱερομνήμονες, ἐπιστάται, μνήμονες, *in*

rendu pour assurer les effets de l'arbitrage et pour diminuer les procès, parle en conséquence de « ceux qui doivent souscrire des billets auprès des χρεωφύλακες [1] ».

Dans l'Egypte grecque, les fonctions notariales sont, comme nous le montrent les papyrus, entre les mains des agoranomes [2]. Mitteis affirme que, dans les derniers siècles de l'indépendance de la Grèce, les autorités municipales étaient partout investies des fonctions notariales [3]. C'est là une proposition fort vraisemblable. En tout cas, dans le droit attique, on ne trouve, à l'époque des orateurs, aucune trace de l'institution du notariat, comprise dans le sens que nous avons indiqué pour les autres villes grecques.

Il ne faut pas, en effet, confondre avec le notariat officiel, tel qu'il existe aujourd'hui, les fonctions que remplissaient en fait les banquiers athéniens. Si les orateurs parlent des trapézites comme exerçant certaines attributions des notaires, ils ne citent jamais aucune loi qui aurait déterminé leur compétence en les investissant d'un caractère officiel. « Leur intervention, ainsi que l'observe Koutorga [4], était impérieusement réclamée par le mouvement d'un commerce étendu et par la multiplicité des relations financières, tout le monde ayant besoin de gens dont la position sociale fût une garantie, qui pussent servir de témoins dans diverses conventions et accords ou contrats et qui, en cas de besoin, pussent conserver les pièces chez eux, le genre d'écriture, à cette époque, rendant facile les altérations du texte, comme l'indique Isocrate, dans son discours trapézitique. Les tra-

Aristote, *Polit.*, VII, 8, 4, p. 1321 b. χρεωφύλακες *in Bulletin*, XII (1888), p. 232.

(1) *Bulletin*, XII (1888) p. 232, l. 35 : ὑπογραφὴμ ποιῶνται πρὸς τὸς χρεωφύλακας.

(2) Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 29 ; Gneist, p. 460-461 ; Mitteis, p. 51 et 96. Cf. les autres documents cités par Mitteis, p. 95 et 96 sur le développement du notariat grec.

(3) Mitteis, p. 174. Cf. Lipsius, *Bedeut. des griech. Rechts*, p. 14.

(4) *Les trapézites*, p. 13.

pézites se chargeaient de ce soin. Peut-être le firent-ils d'abord par complaisance, et plus tard par un motif d'intérêt; mais quand on se fut habitué à recourir à eux, ils devinrent les principaux et même les seuls intermédiaires pour les contrats, et prirent en quelque sorte un caractère officiel. »

Grâce à la confiance qu'ils avaient su inspirer, les banquiers étaient donc devenus les intermédiaires habituels des parties quand celles-ci ne voulaient pas contracter directement, surtout s'il s'agissait d'une affaire importante ou à l'occasion de laquelle allait s'opérer un déplacement des capitaux ordinairement déposés chez un trapézite. Habitués à débattre les questions d'intérêts et à prendre leurs sûretés, les trapézites étaient mieux à même que tout autre de libeller un contrat de manière à sauvegarder tous les droits. D'un autre côté, leurs bureaux se trouvaient au centre même du quartier marchand, sur l'agora, où se rencontraient les capitalistes et les négociants, ceux qui avaient de l'argent à placer, comme ceux qui désiraient en emprunter. Il était donc tout naturel que l'on entrât chez le banquier voisin pour lui réclamer le secours de son expérience et lui demander de dresser l'acte constatant les clauses et conditions du marché conclu, du prêt, du paiement [1]. C'était également par devant un trapézite que les parties anéantissaient quelquefois les conventions antérieurement conclues [2]. Ce fut enfin aux banquiers que l'on songea tout naturellement à confier, pour qu'ils les représentassent quand ils en seraient requis, les contrats que les parties avaient dressés

(1) Plutarque, *De vit. pud.*, § 10 : ὁ δὲ Περσαῖος ἀργύριον τινι τῶν γνωρίμων δανείζων δι' ἀγορᾶς καὶ τραπέζης ἐποιεῖτο τὸ συμβόλαιον. Cf. Démosthène, *C. Everg. et Mnesib.*, § 51. V. sur la manière dont s'y prenaient les trapézites pour rédiger les contrats, Perrot, *Le commerce de l'argent à Athènes*, p. 359-360.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 15 : ὁμολογήσομεν ἐναντίον τοῦ τραπεζίτου ἄκυρον ποιεῖν τὴν συγγραφήν.

soit seules, soit avec l'assistance d'un trapézite [1]. Les banquiers devaient, en effet, posséder de ces coffres-forts doublés de bronze et de fer, scellés dans la muraille, tels qu'on en a retrouvés à Pompéï, et les dépôts ainsi effectués entre leurs mains présentaient une sécurité relativement assez grande. Aussi a-t-on pu dire que les banquiers athéniens avaient, à leur manière, organisé chez eux ce que nous appellerions la garde et le service des titres [2].

§ 3. — *De la syngraphe.*

Parmi les différentes expressions employées pour désigner les contrats écrits, se trouve, comme nous l'avons précédemment observé, l'expression συγγραφή. Nous avons maintenant à rechercher si cette expression ne possède point, en outre, un sens spécial et technique soit dans le droit attique, soit dans le droit grec en général, et si l'on ne doit point considérer la συγγραφή comme un contrat *sui generis*, doué d'une force ou d'une vertu particulière. Plusieurs opinions ont été émises sur ce point. Nous nous bornerons à exposer les principales.

Dans une savante étude qu'il a publiée sur la συγγραφή en droit grec et en droit romain, Dareste, après avoir observé que cet acte était de tous le plus répandu dans l'usage ordinaire et que, dans toutes les affaires importantes, on avait recours à ce moyen de preuve, résume ainsi le résultat de ses recherches, qui ont d'ailleurs porté exclusivement sur les contrats de prêt d'Orchomène en Béotie [3] : « Nous pouvons, maintenant, dit-il, déterminer le caractère constitutif de la syngrapha. Il ne s'agit pas, bien entendu, de donner une définition rigoureuse. Le droit grec ne com-

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 6 : καὶ συγγραφὴν ἔθεμεν παρὰ Κίττῳ τῷ τραπεζίτῃ.
(2) Perrot, *loc. cit.*, p. 364.
(3) *Bulletin*, VIII (1884), p. 362 et s.

porte pas de semblables définitions ; mais on peut affirmer que, dans l'usage, les Grecs entendaient par syngrapha un acte ayant un caractère public, au moins par l'assistance de nombreux témoins, et emportant exécution parée, c'est-à-dire pouvant être mis à exécution sans jugement, à terme échu. L'acte stipulait d'ordinaire que le droit d'exécution appartiendrait à tout porteur se présentant au nom du créancier originaire. Cette clause, qu'on peut considérer comme sous-entendue là où elle n'était pas exprimée, formait de l'acte un titre, une valeur cessible et négociable, et même en réalité un titre au porteur, toutefois avec obligation pour le porteur de prouver sa qualité de mandataire, en cas de contestation ». Dareste paraît nier, d'autre part, le caractère abstrait que certains auteurs ont voulu attribuer à la syngraphè et il enseigne que cet acte ne créait pas l'obligation mais servait à la prouver. Les auteurs du recueil des *Inscriptions juridiques grecques*, au nombre desquels figure Dareste, dans leur commentaire des contrats de prêt d'Orchomène, observent, en outre, qu'un des caractères de la συγγραφή est d'être indépendante de la loi, ainsi que le démontre la clause insérée soit dans ces contrats, soit dans d'autres συγγραφαί [1], que rien, ni loi, ni décret, ne pourra prévaloir contre l'acte [2].

Cette opinion renferme, à notre avis, une part de vérité, quand elle décide que le syngraphè, de même que les autres écrits dont nous avons précédemment parlé, était uniquement un moyen de preuve. Mais les caractères distinctifs qu'elle prétend attribuer à la συγγραφή sont, à notre avis, fort contestables. Ainsi d'abord, quand Dareste enseigne que la syngraphè se spécialise, à un premier point de vue, par son caractère public, au moins par l'assistance de nombreux témoins, nous ne pouvons voir dans cette publicité

(1) Cf. Démosthène, *C. Lacrit.*, §§ 23 et 39.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 300.

de la convention quelque chose de particulier à la syngraphè. Nous retrouvons, en effet, cette même publicité et cette même assistance des témoins soit dans des contrats oraux, soit dans des contrats écrits qui ne présentent pas les autres caractères de la συγγραφή et qui sont même qualifiés de συνθῆκαι [1]. Quant au second caractère prétendu de la syngraphè, à savoir celui d'acte portant exécution parée, il est tout aussi incertain. La clause exécutoire se rencontre, sans doute, dans des actes qualifiés de συγγραφή : tel est le contrat de prêt à la grosse relaté dans le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos ; tel est également le contrat de prêt d'Orchomène. Mais la clause en question ne nous paraît pas nécessairement liée à une forme spéciale d'acte, et, comme nous le verrons en étudiant l'exécution des contrats, cette clause, d'un usage relativement rare d'ailleurs, se rencontre non seulement dans des prêts pour lesquels on emploie plutôt la forme de la syngraphè, mais encore dans d'autres contrats qui ne sont point qualifiés de συγγραφή [2]. Si la clause exécutoire était comme on le prétend, une partie essentielle de la syngraphè, on ne pourrait s'expliquer l'obligation plusieurs fois constatée [3] d'une sentence judiciaire pour déclarer que le terme est échu et pour autoriser la prise de gage, dans des cas où il y avait eu très probablement une syngraphè. Si le créancier porteur d'une συγγραφή avait eu le droit d'exécuter son débiteur καθάπερ ἐκ δίκης, on ne comprendrait guère comment Darios, qui possédait une syngraphè contenant la clause pénale du double pour toute infraction au contrat, aurait pu craindre que les juges ne condamnassent simplement le débiteur à payer le capital et les intérêts [4]. Il n'aurait pas manqué de procéder à l'exécution en vertu de

(1) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 11. V. *supra*, p. 57-58.
(2) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § III, De la clause exécutoire.
(3) Lysias, *De pec. publ.*, § 3 ; Fragm., 1 (p. 252, c. 2, édit. Didot).
(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 43, 44.

la syngraphè. Nous observerons enfin que l'historien Josèphe emploie toujours le mot συμβόλαιον en parlant de certaines opérations financières donnant lieu à exécution parée [1]. Il est vrai que cet auteur n'était point Grec et qu'on ne peut attendre de lui une grande rigueur d'expressions techniques. Il nous semble néanmoins que si la syngraphè avait eu le caractère qu'on lui attribue, Josèphe se serait certainement servi plutôt du mot συγγραφάς, surtout quand on voit ce mot employé, sous sa forme latine, par des auteurs qui n'étaient point non plus de nationalité grecque [2]. La clause exécutoire, bien que pouvant se trouver réunie à la syngraphè dans certains cas, n'en est donc cependant qu'un élément accessoire et facultatif, et l'on ne saurait la considérer comme un des caractères distinctifs de cet acte [4]. Quant au dernier caractère de la syngraphè, celui de constituer un acte au porteur, nous voyons, sans doute, ce mode de cession autorisé dans la συγγραφή d'Orchomène. Mais ce qu'il s'agirait de prouver, c'est que cette négociabilité de la créance est liée à la forme de l'acte ou s'il n'y a point, au contraire, simple coïncidence [4].

Une autre opinion, très savamment exposée par Mitteis [5],

(1) Josèphe, *Antiq. jud.*, XVI, 11, 13, 14 et 16. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 367, 368.

(2) V. les textes cités par Dareste, *loc. cit.*, p. 362-367.

(3) Cf. en ce sens : Mitteis, p. 467 ; Lécrivain, *La contrainte par corps*, p. 19-20.

(4) Goldschmidt, *Inhaber*, etc. *Urkunden*, p. 375, observe, à ce propos, que l'ensemble des contrats exécutoires d'Amorgos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 313 et s.) et notamment les amendes sévères qui protègent pendant le cours de l'exécution le prêteur ou son représentant, rendent invraisemblable cette proposition de Dareste que le porteur de l'acte aurait été tenu de prouver sa qualité pour l'exécution autrement que par la production de la syngraphè. Goldschmidt ajoute que si la syngraphè était purement et simplement une « valeur cessible » la preuve à la charge du porteur n'aurait point été limitée à celle de sa « qualité de mandataire », et qu'il aurait eu la liberté de se présenter comme cessionnaire.

(5) Mitteis, p. 468 et s. Cf. Saumaise, *De mod. usur.*, p. 402 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 109 ; Sieveking, p. 28 et s.

voit dans la συγγραφή du droit grec une sorte de contrat littéral et formel, analogue au contrat *litteris* du droit romain et permettant même de réaliser dans la pratique certaines des combinaisons auxquelles se prêtait ce dernier. Le principal fondement de cette opinion se trouve dans une scholie du Pseudo-Asconius sur les Verrines de Cicéron. Ce texte porte : « Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quæ gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Græcorum ; et ceteræ tabulæ ab una parte servari solent, syngraphæ signatæ utriusque manu, utrique parti servandæ traduntur [1] ». *A priori*, dit-on, cette définition des *syngraphæ* ne peut apparaître comme le fruit de l'imagination du scholiaste, car elle renferme une analyse juridique trop fine pour que cette notion des *syngraphæ* ait été créée de toutes pièces par lui. Ces écrits qui, d'après le Pseudo-Asconius, sont une particularité du droit grec, constituent donc un contrat littéral sous forme de prêt. Cette notion de la syngraphè, ajoute-t-on, est pleinement confirmée par le contrat de prêt d'Orchomène rédigé sous la forme de συγγραφή. Une femme, nommée Nicaréta, avait sur la ville d'Orchomène cinq créances distinctes, se montant originairement à 17,000 drachmes, et nommées dans l'inscription ὑπεραμερίαι, par ce motif que la ville, n'ayant pu payer aux échéances, était devenu débitrice à terme échu, ὑπερήμερος. A la suite d'assez longues négociations, que nous n'avons pas à exposer ici [2], intervint entre la cité et Nicaréta une

(1) Pseudo-Asconius, *in Verr.*, II, 1, 36. On rapproche de ce texte le passage suivant de Gaius, III, 134 : « Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat ; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est. »

(2) V. sur ce point Dareste, Haussoulier et Reinach. p. 289 et s. ; Szanto,

convention aux termes de laquelle la ville débitrice s'engageait à payer dans un délai de quatre mois la somme de 18,833 drachmes sans autres intérêts, stipulant que, faute de paiement à l'époque fixée, elle serait tenue de payer deux fois la somme convenue, τὴν διπλασίαν, suivant l'expression usitée à Athènes. Comme garantie du paiement, Nicaréta exige que les polémarques et un certain nombre de citoyens les plus notables consentent un contrat exécutoire contre eux-mêmes personnellement. Le titre qui constate cette obligation des polémarques et des garants, et qui est une συγγραφά, est bien distinct des ὑπεραμερίαι primitives constatant les créances de Nicaréta sur la ville. On ne peut dire, d'autre part, que cette syngraphè ait pour objet de nover l'obligation de la cité ; son but est uniquement de fournir à la créancière une sûreté de plus en échange du nouveau délai qu'elle concède à sa débitrice. Or il est certain que les polémarques ne reçoivent aucun prêt de Nicaréta, mais qu'ils deviennent seulement codébiteurs du prêt reçu par la ville. Cependant l'obligation des polémarques apparaît extérieurement comme dérivant d'un prêt, car la syngraphè porte : ἐδάνεισεν Νικαρέτα... Ce prêt est purement fictif et ne sert qu'à donner une forme juridique à l'engagement des garants. Nous avons donc bien ici un écrit obligatoire par lui-même, *contra fidem veritatis*, suivant l'expression du Pseudo-Asconius [1]. Un papyrus gréco-égyptien de l'an 166 avant notre ère [2] montre également une novation effectuée sous la forme d'un prêt fictif. On y voit qu'une

in Wiener Studien, 1885, p. 232 et s., 1886, p. 1 et s. ; Wachsmuth, *in Rheinisches Museum*, XL (1885), p. 283 et s.

(1) Mitteis, p. 472, pour établir que, dans la pratique grecque, le cautionnement était ordinairement fourni au moyen d'écrits « abstraits », cite la règle posée par Platon, dans son *Traité des Lois*, XII, p. 953 : ἐγγύην, ἣν ἂν ἐγγυᾶταί τις, διαρρήδην ἐγγυάσθω τὴν πρᾶξιν πᾶσαν διομολογούμενος ἐν συγγραφῇ.

(2) On peut aussi lui attribuer la date de 99 av. J.-C. Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11.

femme, nommée Asclépias, se reconnaît débitrice envers Harsiésis de vingt-deux artabes et demie de blé pour nover une dette antérieure dont Panas, père d'Asclépias, était tenu envers Horus, père d'Arsiésis : ἐδάνεισεν Ἀρσιήσις... πυροῦ ἀρτάβας εἴκοσι δύο ἥμισυ ἀτόκους... τοῦτο δ' ἐστὶν τὸ δάνειον, ὃ ἀνωμολογήσατο ἔχειν παρ' αὐτῶν· ἀνθ' ὧν προώφειλεν ὁ προγεγραμμένος αὐτῇ πατὴρ Πανᾶς κτλ. [1]. Le contrat d'Orchomène et celui d'Asclépias démontrent, suivant Mitteis, que la pratique grecque connaissait un véritable contrat littéral. Dans les deux cas, la *causa obligationis* est une chose secondaire. Ni l'obligation des polémarques, ni celle d'Asclépias ne sont, dans les actes en question, énoncées d'une manière conforme à la vérité. Comme cependant ces contrats, dressés par les polémarques ou les agoranomes, doivent être considérés comme rédigés dans le style le plus correct, on ne peut guère douter que l'écriture n'ait eu par elle-même une force obligatoire. Si l'on observe que la forme du prêt (δάνειον) a été employée dans les actes précités pour créer l'obligation, on est amené à dire que l'expression grecque ἐδάνεισε ὁ δεῖνα a la même signification que l'expression romaine usitée dans le contrat *litteris* : « Expensum tulit Aulus Agerius ». En fait, ajoute l'auteur précité, cette forme convient parfaitement ; le prêt est la forme la plus ordinaire du crédit, et l'on pourrait traduire également le mot ἐδάνεισεν par : « a crédité N. », de même que le mot δανειστής correspond, dans le langage juridique, au mot créancier *in abstracto*. Le développement historique de cette forme est, au surplus, facile à saisir. De même qu'aujourd'hui il est d'usage de convertir en prêt une dette quelconque, par exemple de laisser à l'acheteur, à titre de prêt, le prix de vente encore dû par lui, cet usage a dû pareillement se pratiquer chez les Grecs, Peu à peu la forme s'est dégagée de sa racine et l'on put au moyen de la formule ἐδάνεισε ὁ

(1) *Notices et extraits*, XVIII, 2, p. 171-173.

δεῖνα, fonder également des obligations entièrement nouvelles, ainsi que le montre l'obligation souscrite par les polémarques d'Orchomène. Ce développement doit d'autant moins surprendre que, chez un peuple aussi commerçant que les anciens Grecs, on dut sentir vivement le besoin d'une forme d'obligation simplifiée. La forme écrite devait être ici essentielle ; les contrats purement oraux sont généralement mal vus des Grecs. L'instrument employé pour atteindre le but paraît avoir été nommé de préférence συγγραφή : c'est du moins le nom qui lui est donné dans le contrat d'Orchomène, et, chez les auteurs grecs ou romains, συγγραφή est l'expression technique pour désigner l'obligation grecque née d'un écrit. Si maintenant nous revenons à la définition du Pseudo-Asconius, nous voyons que le scholiaste se représente la syngraphè comme un écrit constatant un prêt, et nos documents commençent bien, en réalité, par le mot ἐδάνεισε. Nous avons vu, d'autre part, que le scholiaste voit dans le caractère formel et obligatoire de la syngraphè une particularité des mœurs grecques, *mos Græcorum:* or ce trait caractéristique se rencontre également dans nos deux documents [1].

Nous n'insisterons pas davantage sur la démonstration très développée de Mitteis, car, à notre avis, la question qu'examine cet auteur ne peut guère se poser pour le droit attique. Nous ne possédons, en effet, aucun document d'où l'on puisse, dans ce droit, déduire le caractère que l'on prétend attribuer à la συγγραφή [2]. Il est certain, tout d'abord,

(1) Mitteis, p. 475.

(2) Sieveking (*loc. cit.*), qui adopte la doctrine de Mitteis, enseigne également que la syngraphè a le pouvoir de dégager la dette de la *causa* qui lui sert de fondement. Le débiteur, dit-il, doit parce qu'il a écrit, ainsi que le prouve la clause insérée dans l'acte : κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς (Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13). Sieveking reconnaît toutefois que la syngraphè ne peut être obligatoire qu'autant qu'il y a eu concours des volontés des parties lors de sa confection. C'est précisément sur ce défaut de consen-

qu'à Athènes, et nous pourrions même dire dans le droit grec, en général, l'expression συγγραφή ne désigne point exclusivement une catégorie spéciale de documents : c'est, au contraire, une expression très générale et applicable à toute sorte d'actes. Ainsi elle s'applique non-seulement aux contrats proprement dits, comme le prêt [1], le louage [2], la vente [3], ou même le contrat de mariage [4], mais encore à des actes comme les formulaires des locations des biens sacrés [5], les règlements généraux d'administration pour les travaux publics [6], les règlements pour les sacrifices [7] ou les affranchissements [8].

On ne peut pas dire non plus que le mot συγγραφή soit réservé pour désigner les contrats bilatéraux. Sans doute, les titres relatifs à des contrats de vente ou de louage sont quelquefois nommés συγγραφαί, mais ils sont encore plus communément qualifiés συνθῆκαι. D'autre part, le mot συγγραφή est usité dans les contrats essentiellement unilatéraux comme le prêt [9]. La syngraphè ne désigne point davantage, comme pourrait le laisser croire l'étymologie de ce mot, un acte signé par les parties. Dans le droit grec, en

tement qu'est fondé le plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène. Il admet, d'autre part, en cas de prêt, la possibilité d'une exception *non numeratæ pecuniæ* contre l'action fondée sur la syngraphè. Autrement, dit-il, on ne s'expliquerait point la présence des témoins à l'acte, car ces témoins ne sont convoqués que pour venir attester, le cas échéant, la numération des espèces.

(1) V. notamment Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10.

(2) Démosthène, *Pro corona*, § 122 ; Eschine, *C. Timarch.*, § 160 ; Andocide, *C. Alcib.*, § 17.

(3) Dans le procès d'Hermias, le contrat de vente est appelé συγγραφή. Pap. Taur., I, p. 4, l. 17, p. 7, l. 2, p. 9, l. 13.

(4) Pap. 13 du Louvre, l. 6 (*Notices et Extraits*, XVIII, 2, p. 210). συγγραφή ὁμολογίας.

(5) Telles sont les ἱεραὶ συγγραφαί de Délos pour la location des biens du temple d'Apollon. Cf. *Bulletin*, VI, p. 64.

(6) Cf. *Bulletin*, VIII, p. 323, l. 18.

(7) Inscription d'Eleusis, *in Bulletin*, IV, p. 226, l. 47 et s.

(8) Wescher et Foucart, n° 54, l. 18.

(9) Cf. Gneist, p. 476.

effet, ainsi que nous l'avons observé, la signature des actes par les parties n'a aucune importance, et la préposition σύν exprime simplement l'idée que l'acte a été rédigé du consentement des deux parties [1]. Le mot συγγραφή n'est pas, d'un autre côté, réservé aux écrits scellés et déposés entre les mains d'un tiers, car des écrits de ce genre sont également qualifiés de συνθῆκαι ou γράμματα [2]. Il est donc impossible d'attribuer un sens technique à l'expression συγγραφή, et elle apparaît à Athènes, de même que dans d'autres cités grecques, comme synonyme de συνθήκη [3] ou même d'ὁμολογία [4].

Peut-on admettre, d'un autre côté, que l'écriture renfermée dans une συγγραφή ou dans un autre acte ait eu par elle-même une force obligatoire suffisante pour suppléer à l'absence de cause ? Ou bien ne doit-on pas dire plutôt que dans le droit grec les écrits ne servent jamais que *ad probationem?* La question ne se poserait certainement pas sans le texte du Pseudo-Asconius qui attribue aux *syngraphæ* le pouvoir d'obliger même *contra fidem veritatis*. Or il nous semble, *a priori*, bien difficile d'attacher une grande autorité au témoignage d'un scholiaste qui vivait au ve siècle après Jésus-Christ, à une époque par conséquent fort éloignée de celle où les institutions grecques fonctionnaient dans toute leur pureté et qui, dès lors, a très bien pu en méconnaître le caractère. Nous avons déjà eu bien des fois l'occasion de montrer le peu de confiance que l'on peut avoir dans les définitions des scholiastes et des grammairiens des premiers siècles de l'ère chrétienne, et il y d'autant plus lieu de se défier de celle du Pseudo-Asconius que la seconde partie du texte est manifestement contraire à ce

(1) Gneist, *ibid.*

(2) Gneist, p. 479.

(3) Philippi, *Symbolæ*, p. 5 ; Gneist, p. 480. V. *supra*, p. 53.

(4) Dans des inscriptions d'Orchomène relatives à des contrats de prêt, les expressions σούγγραφος et ὁμολογία sont employées indifféremment. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 307, note 1.

que nous savons des usages grecs concernant les συγγραφαί. Le scholiaste dit, en effet, que « syngraphæ signatæ utriusque manu utrique parti servandæ traduntur ». Or nous avons vu [1] que les contrats écrits, au lieu d'être conservés par les parties elles-mêmes, étaient ordinairement déposés chez un tiers ou même dans un lieu public [2].

Est-il vrai que, comme l'enseigne Mitteis, le contrat d'Orchomène et celui d'Asclépias viennent confirmer la définition du Pseudo-Asconius ? Nous hésitons à le croire. La théorie du contrat littéral ne repose guère, en définitive, que sur la formule ἐδάνεισε ὁ δεῖνα que l'on rencontre dans les contrats en question. Or, à notre avis, cette formule peut parfaitement s'expliquer sans qu'on soit obligé d'y voir quelque chose de correspondant à l'*expensilatio* du droit romain. Les polémarques d'Orchomène, dans le contrat exécutoire qu'ils souscrivaient personnellement au profit de Nicarèta, se portaient garants du remboursement des sommes dues par leur ville en vertu d'un prêt. Il était donc tout naturel que les cautions, assimilées au débiteur principal, fussent considérées comme tenues également en vertu d'un prêt : c'est ce qui explique la formule ἐδάνεισεν Νικαρέτα employée dans le contrat exécutoire des polémarques. On ne peut dire, d'autre part, qu'il y ait eu dans ce contrat quelque chose qui fût plus *contra fidem veritatis* que dans tout autre contrat de cautionnement. Quant au contrat d'Asclépias, sa rédaction se justifie très bien si l'on réfléchit qu'il s'agit d'une novation faite à l'occasion d'un prêt antérieur consenti à Panas, père d'Asclépias. Celui-ci s'était engagé à payer à Horus, père d'Harsiésis, quatorze artabes de blé, vraisemblablement sous cette même clause, contenue dans le contrat d'Asclépias, que si les quatorze artabes n'étaient pas remboursées au jour indiqué, Panas devrait payer à

(1) V. *supra*, p. 60.
(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 685, note 561 ; Dareste, *loc. cit.*, p. 369 ; Gneist, p. 415.

titre de clause pénale une somme égale à la moitié du prix des quatorze artabes d'après le cours de la place [1]. Or cette prévision s'est réalisée, et la dette de Panas s'est trouvée augmentée d'une certaine somme d'argent. C'est cette somme qui, ajoutée aux quatorze artabes originairement dues, correspond à la nouvelle dette de vingt-deux artabes et demie qu'Asclépias prend à sa charge. Il est, dès lors, bien exact de dire dans le contrat : ἐδάνεισεν 'Αρσίησις.... ἀρτάβας εἴκοσι δύο ἥμισυ, et le prêt novatoire est bien en réalité de vingt-deux artabes et demie, puisque la dette de Panas avait monté à cette somme. Il n'y a donc non plus dans cet acte rien qui soit *contra fidem veritatis*; on n'y trouve aucun prêt fictif analogue à l'*expensilatio* romaine. Par suite, la théorie du contrat littéral grec ne nous semble point suffisamment justifiée, jusqu'à présent du moins, ni surtout par des documents grecs de la pure époque. Peut-être y eut-il dans les usages grecs quelque chose de semblable à l'*expensilatio*. Mais, à notre avis, on n'en a pas encore fait la preuve.

Il nous reste, à propos de la συγγραφή, à indiquer la portée d'une clause que l'on voit quelquefois figurer dans des actes qualifiés de ce nom et qui paraît destinée à conférer à l'acte une force exceptionnelle. C'est la clause en vertu de laquelle rien ne pourra désormais prévaloir contre les dispositions de la syngraphè. Cette clause se rencontre soit dans des contrats intervenus entre deux particuliers, soit dans des conventions entre une cité et un particulier. Tel est d'abord le cas de la syngraphè du plaidoyer de Démosthène contre Lacritos où se trouve relaté un prêt à la grosse, et à la fin de laquelle se trouve la disposition suivante : κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς [2]. Dans le cours du plaidoyer, l'orateur paraphrase cette stipulation de la manière suivante : ἡ μὲν γὰρ συγγραφὴ οὐδὲν κυριώτερον

(1) Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 26-27.
(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13.

ἐᾷ εἶναι τῶν ἐγγεγραμμένων, οὐδὲ προσφέρειν οὔτε νόμον οὔτε ψήφισμα οὐδ' ἄλλ' οὐδ' ὁτιοῦν πρὸς τὴν συγγραφήν [1]. Dans les emprunts contractés par la ville d'Arkésiné d'Amorgos, la clause en question est encore plus développée : τῆς δὲ συγγραφῆς.... μηθὲν εἶναι κυριώτερον μήτε νόμον μήτε ψήφισμα μήτε δόγμα μήτε στρατηγὸν μήτε ἀρχήν, ἄλλα κρίνουσαν ἢ τὰ ἐν τῇ συγγραφῇ γεγραμμένα μηδὲ ἄλλο μηθὲν μήτε τέχνῃ μήτε παρευρέσει μηδεμιᾷ [2]. Il ne faut point exagérer la portée de ces clauses [3], ni en conclure que la syngraphè a une force telle qu'elle peut prévaloir sur la loi. Comme nous l'avons vu, en effet, en étudiant la cause des contrats, une convention ne peut reposer sur une cause réprouvée par la loi ou par les bonnes mœurs. Dès lors, si nous considérons en premier lieu la syngraphè de Lacritos, nous dirons que la stipulation des parties que « rien ne pourra prévaloir sur ce qui est écrit et qu'il ne sera permis d'alléguer ni loi, ni décret, ni quoi que ce soit contre la convention », signifie simplement que celle-ci déroge à toutes lois et à tous usages contraires, du moment qu'il s'agit de lois ou d'usages n'ayant point un caractère d'ordre public [4]. Quant aux emprunts d'Arkésiné, il faut observer que la clause en question est dirigée uniquement contre la ville débitrice. Or on conçoit très bien que lorsqu'une des parties contractantes se trouve être une cité, celle-ci s'engage envers son créancier à ne porter ou à ne laisser porter dans la suite aucune atteinte aux droits du prêteur soit au moyen d'une loi ou décret, ou résolution quelconque, soit par le fait d'un des magistrats de la cité. Il y a là quelque chose de semblable à la clause dérogatoire ou révocatoire usitée dans notre ancienne jurisprudence en matière de testaments. Mais quelle était alors, en fait, la valeur de cette garantie? Elle dépendait évidemment, dans une large me-

(1) *Ibid.*, § 39.
(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 316, § 7, p. 320, § 7, p. 324, § 27.
(3) V. *supra*, p. 16, note 2, la conclusion qu'en tire Sieveking.
(4) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 334, note 18.

sure, de la bonne foi de la cité et de ses représentants.

SECTION V

Des contrats commerciaux.

La république athénienne, qui devait la plus grande part de sa prospérité au commerce, ne pouvait manquer d'édicter certaines mesures destinées à le protéger ou à le réglementer. L'ensemble des lois relatives au commerce, ce sont les ἐμπορικοὶ νόμοι [1]. On peut se demander si elles ont posé le principe de la liberté du commerce ou celui de la réglementation [2]. Sans chercher à résoudre cette question, nous dirons seulement que l'on rencontre à Athènes, comme du reste dans toute la Grèce, un assez grand nombre de dispositions restrictives de la liberté du commerce établies dans l'intérêt du fisc ou de la nation. Dans l'antiquité, d'ailleurs, beaucoup plus encore qu'aujourd'hui, l'Etat se croyait autorisé à intervenir dans les relations des citoyens entre eux, et Aristote considère comme un des objets qui doivent le plus attirer l'attention de l'Etat, la réglementation du commerce d'exportation et d'importation [3].

Un des principaux soucis du législateur avait été d'assurer l'approvisionnement de la cité en céréales que l'Attique ne produisait pas en quantité suffisante pour sa consommation, et à cet effet il avait édicté une série de dispositions

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 3. Cf. sur le commerce en Grèce, d'une manière générale : Hüllmann, *Geschichte des Handels der Griechen*, 1839 ; W. Pierson, *Schiffahrt und Handel der Griechen in der homerischen Zeit*, in *Rhein. Mus.*, XVI, 82 et s. ; Lange, *Darstellung der athen. Handels*, Chemnitz, 1882 ; Goguel, *Le commerce d'Athènes après les guerres médiques*, Strasbourg, 1866 ; Caillemer, *Les institutions commerciales d'Athènes* ; Büchsenschütz, p. 356 et s. ; Bœckh, t. I, p. 59 et s. ; Hermann-Blümner, p. 419 et s. ; Thonissen, p. 397 et s. ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 596 et s.

(2) Cf. Bœckh, t. I, p. 67 ; Büchsenschütz, p. 541.

(3) Aristote, *Rhetor.*, I, 4, 7 : καὶ τῶν εἰσαγομένων καὶ ἐξαγομένων.

restrictives de la liberté du commerce. Ainsi l'exportation des céréales était formellement prohibée [1], et il était interdit sous des peines très sévères à tout habitant de l'Attique d'introduire du blé ailleurs que sur le marché athénien [2]. Les étrangers eux-mêmes étaient tenus de se conformer à cette législation rigoureuse ; les deux tiers du blé qu'ils apportaient sur l'emporium du Pirée devaient être transportés et vendus à Athènes et un tiers seulement pouvait être réexporté [3]. Une autre mesure, destinée à favoriser indirectement l'importation des céréales, était celle qui interdisait de prêter à la grosse sur un navire ou sur sa cargaison, si l'armateur ne s'engageait pas à rapporter à Athènes des céréales ou d'autres marchandises [4]. Toujours dans le même but, la loi punissait rigoureusement les marchands indigènes qui se coalisaient pour frustrer les navigateurs de leurs bénéfices légitimes [5]. D'autres mesures avaient été prises pour prévenir l'accaparement des denrées de première nécessité, comme celle qui interdisait, sous peine de mort, d'acheter à la fois plus de cinquante φορμοί [6] de blé [7], ou celle qui défendait à tout marchand de gagner plus d'une obole par médimne [8]. Des magistrats spéciaux, les σιτοφύλακες, étaient chargés de surveiller le commerce des céréales [9].

(1) Ulpien, sur Démosthène, *C. Timocr.*, § 136.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 37 ; *C. Lacrit.*, § 51 ; *C. Theocr.*, § 58 ; Lycurgue, *C. Leocr.*, § 27.

(3) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 51, *in fine* ; Harpocration et Suidas, v° ἐπιμεληταὶ ἐμπορίου.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 51.

(5) Lysias, *Adv. frument.*, §§ 21, 22.

(6) Les φορμοί équivalaient probablement à un médimne. Schœmann-Galuski, t. I, p. 597.

(7) Lysias, *loc. cit.*, §§ 5, 13, 18.

(8) Lysias, *loc. cit.*, §§ 8, 13 et s.

(9) Lysias, *loc. cit.*, § 16. V. sur cette législation concernant le commerce des céréales : Bœckh, t. 1, p. 67 et s. ; Schœmann-Galuski, t. 1, p. 597 ; Thonissen, p. 397 ; Buchsenschutz, p. 549 ; Robiou, *Questions de droit attique*,

Dans un autre ordre d'idées et dans un but militaire, la loi prohibait l'exportation des matériaux nécessaires à la construction des navires, tels que le bois de construction, les cordages, la cire, la résine, etc. [1]. Les défenses à l'exportation étaient-elles encore plus étendues? Plutarque [2] affirme que Solon avait prohibé l'exportation de toutes les productions de l'Attique, l'huile seule exceptée. Mais il est difficile de croire à l'authenticité de cette loi qui, à supposer qu'elle ait existé, a dû tomber promptement en désuétude. Xénophon considère, au contraire, le commerce d'exportation comme une des sources de richesse de l'Attique [3]. Il existait seulement une loi qui obligeait les exportateurs d'huile à présenter une déclaration précise de leur chargement [4]. Quant aux prohibitions à l'importation, il ne semble pas qu'on en ait édicté, ou du moins elles n'avaient aucune importance [5]. L'importation était seulement entravée par le payement des droits de douane, quelquefois assez élevés [6]. Les marchandises que le propriétaire tentait de soustraire à ces taxes étaient confisquées [7].

p. 5 et s. ; Perrot, *Le commerce des céréales en Attique au quatrième siècle avant notre ère*, in *Revue historique*, IV, 1 et s. ; Clerc, p. 396 et s.

(1) Aristophane, *Ran.*, 367. Cf. Théophraste, *Charact.*, 23.

(2) Plutarque, *Solon*, c. 14.

(3) Xénophon, *Vectig.*, 1 et 3. Cf. Bœckh, t. I, p. 54 et 67 ; Büchsenschütz, p. 549 ; Thonissen, p. 399.

(4) *Corp. inscr. græc.*, n° 355.

(5) Cf. Büchsenschütz, p. 552. Peut-être y avait-il une prohibition à l'importation du plomb. Aristote (*Economiques*, II, 2, § 36) nous apprend, en effet, qu'un Athénien, nommé Pythoclès, entreprit de convaincre ses concitoyens de l'utilité qu'il y aurait de réserver à l'Etat le monopole de la vente du plomb provenant des mines du Laurium, l'Etat devant l'acheter aux producteurs au prix courant et le revendre trois fois plus cher aux consommateurs. Nous ne savons si cette proposition a été adoptée, mais, en cas d'affirmative, le privilège de l'Etat ne pouvait être sérieux que s'il était accompagné d'une prohibition de l'importation du plomb. Autrement, en effet, les étrangers auraient pu venir approvisionner de ce métal le marché d'Athènes au détriment de l'Etat. Cf. Caillemer, *Contrat de vente*, p. 15-16.

(6) V. sur ces droits : Büchsenschütz, p. 553 et s. ; Bœckh, t. I, p. 405 et s.

(7) V. *supra*, t. III, p. 152.

Une série d'autres mesures venaient restreindre la liberté du commerce intérieur. Démosthène parle d'une loi de Solon qui défendait aux étrangers d'étaler leurs marchandises sur la place publique [1]. Athénée en cite une autre du même législateur qui interdisait de vendre des parfums aux hommes [2]. Une autre loi, dont il est d'ailleurs assez difficile de concevoir la mise en application, aurait défendu aux marchands tout mensonge concernant les marchandises qu'ils vendaient [3]. La police des marchés était confiée à des magistrats spéciaux, les agoranomes, devant qui tout marchand devait se présenter et, s'il n'était pas citoyen, obtenir leur autorisation, moyennant une redevance. Ils inspectaient les denrées, saisissaient et détruisaient celles qui leur paraissaient corrompues, cherchaient à concilier les différends entre vendeurs et acheteurs, et, s'ils n'y parvenaient pas seuls et séance tenante, ils avaient la présidence et l'instruction des procès qui pouvaient en résulter [4]. Une autre classe de magistrats, les métronomes, secondés vraisemblablement par les prométrètes, étaient chargés d'assurer la justesse des poids et mesures [5].

A côté des dispositions que nous venons de signaler et qui étaient destinées à sauvegarder les intérêts publics ou privés contre les manœuvres des commerçants, il y en avait d'autres dont le but était d'accorder à ces derniers une

(1) Démosthène, *C. Eubul.*, § 31. Cf. Thonissen, p. 403, note 2.

(2) Démosthène, *C. Lept.*, § 9; Diogène Laërce, I, 104; Harpocration, v° κατὰ τὴν ἀγορὰν ἀψευδεῖν : ὁ μὲν τοίνυν νόμος κελεύει ἀψευδεῖν ἐν τῇ ἀγορᾷ. ἔοικεν ὁ νόμος περὶ τῶν ὠνίων κεῖσθαι. Cf. Petit, *Leges Att.*, p. 495. Platon, dans son *Traité des Lois* (XI, p. 917 *b*) enjoint également aux marchands de vendre à prix fixe, sans pouvoir ni vanter leurs marchandises, ni mettre en usage les serments. Cf. Büchsenschütz, p. 534.

(3) Cf. Büchsenschütz, p. 536; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 101; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Agoranomoi*.

(4) Cf. Bœckh, t. I, p. 62; Büchsenschütz, p. 537; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 105; Schœmann-Galuski, t. I, p. 475. V. sur les ἀγορανόμοι, les μετρονόμοι, les σιτοφύλακες et les ἐμπορίου ἐπιμεληταί, Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 51.

protection exceptionnelle et de favoriser leurs opérations. Ainsi il existait des règlements très sévères contre ceux qui voulaient entraver des opérations commerciales en dirigeant des accusations calomnieuses contre les marchands en gros [1] et les patrons de navires; ils étaient exposés à une amende de mille drachmes, à la prise de corps nommée ἀπαγωγή [2] et à d'autres mesures encore auxquelles Démosthène fait allusion sans les indiquer [3]. Le même orateur cite un peu plus loin un décret rendu sur la proposition de Mœroclès et frappant d'amende et d'emprisonnement ceux qui se rendaient coupables d'injustice envers les marchands en gros [4]. Ceux-ci étaient en outre, d'après le témoignage fort contestable d'ailleurs du scholiaste d'Aristophane, exemptés de l'impôt sur les biens [5], et ils jouissaient aussi de certains avantages au point de vue du service militaire [6]. Xénophon proposait même de décerner des honneurs et des

(1) On distingue à Athènes, les marchands en gros ἔμποροι, desquels on rapproche toujours les ναύκληροι ou armateurs de navires, des marchands en détail, κάπηλοι. V. sur le rapprochement des ἔμποροι et des ναύκληροι, *infra*, p. 88, note 2. Le lieu où se concluent les transactions dans lesquelles interviennent les ἔμποροι, c'est l'ἐμπόριον de l'Attique, à savoir le port du Pirée, tandis que les κάπηλοι exercent leur profession sur l'ἀγορά. Ceux-ci, outre qu'ils ne jouissent pas de la même considération que les premiers, ne sont pas non plus dans la même situation juridique, spécialement au point de vue dont parle Démosthène dans les plaidoyers cités *infra*, et au point de vue des ἐμπορικαὶ δίκαι dont nous nous occuperons ultérieurement. Cf. sur la distinction des ἔμποροι et des καπήλοι : Hermann-Blümner, p. 419, 425 et s. ; Baumstark, *in* Paulys Realencyclopædie, v° ἐμπορία; Schœmann-Galuski, I, p. 602-603. Les ἔμποροι appartenaient pour la plupart à la classe des métèques. Aussi Hésychius fait-il de métèque le synonyme de négociant en gros : ἔμπορος· μέτοικος. Cf. Clerc, p. 396 et s.

(2) Cf. sur l'ἀπαγωγή : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 270 et s. ; Daremberg et Saglio, v° *Apagogè*.

(3) Démosthène, *C. Theocr.*, § 10 et s. : ὅσα κελεύει πάσχειν ὁ νόμος οὗτος τὸν συκοφαντοῦντα τοὺς ἐμπόρους καὶ τοὺς ναυκλήρους.

(4) Démosthène, *loc. cit.*, § 53 : κατὰ τῶν τοὺς ἐμπόρους ἀδικούντων.

(5) Schol. Aristophane, *Plut.*, 904. Cf. Büchsenschütz, p. 533 ; Bœckh, t. I, p. 109.

(6) Schol. Aristophane, *Eccles.*, 1027 ; Suidas, v° ἔμπορος. Cf. Büchsenschütz et Bœckh, *loc. cit.*

récompenses aux négociants ou armateurs qui, par leurs opérations, auraient rendu des services signalés à la république [1]. La protection de la loi s'étendait jusqu'aux marchands en détail, et il était permis de traduire en justice et de faire punir celui qui reprochait à un citoyen ou à une citoyenne d'exercer un métier sur l'agora [2].

Le législateur s'était préoccupé également d'assurer par des mesures d'ordres divers l'exécution des transactions commerciales, surtout lorsqu'il s'agissait du commerce maritime, le plus important à Athènes. Ainsi l'emprunteur à la grosse qui ne remettait pas au prêteur les objets affectés à l'emprunt, pouvait être puni de mort [3]. Des peines très sévères étaient également prononcées contre les capitaines qui, après avoir emprunté à la grosse sur leur navire, faisaient un voyage autre que celui désigné dans la convention [4]. Il y a lieu de croire, d'autre part, que la banqueroute des commerçants avait été prévue et réprimée par la législation athénienne. Nous voyons, en effet, dans un plaidoyer de Démosthène, que le banquier Héraclide, ayant suspendu ses payements [5], commença par se cacher et se réfugia plus tard en pays étranger. On peut donc raisonnablement supposer qu'il se trouvait exposé à certaines peines qui nous sont demeurées inconnues [6].

Le législateur avait enfin, dans l'intérêt du commerce, apporté certaines dérogations aux règles ordinaires de la procédure en ce qui concerne le jugement des affaires que

(1) Xénophon, *Vectig.*, 3, 4.

(2) Démosthène, *C. Eubulid.*, § 30 : ἔνοχον εἶναι τῇ κακηγορίᾳ τὸν τὴν ἐργασίαν ἐν τῇ ἀγορᾷ ἢ τῶν πολιτῶν ἢ τῶν πολιτίδων ὀνειδίζαντά τινι.

(3) Démosthène, *C. Phorm.*, § 50.

(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 50.

(5) Démosthène, *C. Apatur.*, § 10 : ἀνασκευασθείσης τῆς τραπέζης.

(6) Cf. Thonissen, p. 402. Cet auteur allègue également en ce sens un passage de Démosthène, dans son plaidoyer contre Timothée (§ 68), où il dit aux juges : ἡδέως δ' ἂν ἔγωγε πυθοίμην ὑμῶν εἰ ὀργίζεσθε τοῖς ἀνασκευασμένοις τῶν τραπεζιτῶν. εἰ γὰρ ὀργίζοισθε δικαίως ὅτι ἀδικοῦσιν ὑμᾶς.

l'on nommait δίκαι ἐμπορικαί. Mais avant d'indiquer ces dérogations, il faut voir quelles sont précisément ces actions commerciales auxquelles elles s'appliquent. Il est tout d'abord un point sur lequel on est d'accord, c'est qu'elles ne comprennent pas certaines contestations qui, bien qu'ayant un caractère commercial, n'étaient point cependant ἐμπορικαί, à savoir celles qui avaient trait aux opérations de vente et d'achat sur l'agora, aux actes du commerce de détail (καπηλεία) nécessités par les besoins journaliers de la vie [1]. Ces contestations rentraient dans la juridiction des agoranomes chargés, comme nous l'avons vu, de la police de l'agora. Les δίκαι ἐμπορικαί sont donc exclusivement les affaires dans lesquelles sont intéressés des ἔμποροι ou des ναύκληροι qui leur sont assimilés [2], c'est-à-dire des affaires

(1) Les Grecs, ainsi que nous l'avons déjà observé (*supra*, p. 86, note 1) distinguent soigneusement le commerce de détail du commerce de gros. Aristote, *Polit.*, IV, 3, p. 119 : λέγω δὲ ἀγοραῖον τὸ περὶ τὰς πράσεις καὶ τὰς ὠνὰς καὶ τὰς ἐμπορίας καὶ καπηλείας διατρῖβον. Platon, *Leges*, VIII, p. 842, d : ναυκληρικῶν καὶ ἐμπορικῶν καὶ καπηλευτικῶν. Cf. Platon, *Protag.*, p. 313 ; Xénophon, *Vectig.*, 4, 6. On ne rencontre pas d'expression qui corresponde d'une manière générale au mot commerçant, car le mot ἐργαστής, usité à la basse époque, ne s'applique qu'aux ἔμποροι. Cf. *Corp. inscr. græc.*, III, nº 3920. Le verbe ἐργάζεσθαι est employé toutefois pour toute sorte de commerce. Cf. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 44 ; *C. Eubul.*, § 31. V. Büchsenschütz, p. 455, note 1. Les différentes branches du commerce sont distinguées quelquefois plus soigneusement encore par les auteurs. Schol. Aristoph. *Plut.*, 1156 : πέντε δὲ εἰσιν αἱ διαφοραὶ τῶν πωλούντων· αὐτοπώλης, κάπηλος, ἔμπορος, παλιγκάπηλος, μεταβολεύς. καὶ ἔστιν αὐτοπώλης μὲν ὁ ἐν τῇ ἰδίᾳ χώρᾳ πωλῶν τὴν ἑαυτοῦ πρόσοδον· κάπηλος δὲ ὁ ἀγοράζων ἀπὸ τοῦ αὐτοπώλου καὶ πωλῶν ἐν τῇ χώρᾳ, ἐν ᾗ ἠγόρασεν· ἔμπορος δὲ ὁ ἀγοράζων καὶ ἐπὶ ξένης πωλῶν ἢ ἀπὸ τοῦ αὐτοπώλου ἢ ἀπὸ τοῦ καπήλου. παλιγκάπηλος ὁ ἀπὸ τοῦ ἐμπόρου ἀγοράζων καὶ πωλῶν· μεταβολεὺς ὁ κατὰ τὴν κοτύλην πωλῶν ὥσπερ οἱ νῦν λεγόμενοι κάπηλοι. Cf. Pollux, I, 50, VII, 12 ; Photius, vº παλιγκάπηλος ; Démosthène, *C. Aristog.*, I, 46 ; *C. Dionysod.*, § 7. V. Büchsenschütz, p. 455, notes 2 et 3. Sur la distinction de l'ἐμπορία en trois branches, ναυκληρία, φορτηγία et παραστάσις, v. *infra*, chap. II, sect. I, Contrat de commission, et note suivante.

(2) Le rapprochement des ἔμποροι et des ναύκληροι, que font souvent les anciens auteurs (Cf. Xénophon, *Vectig.*, 3, 4 ; 5, 3) se comprend très bien. L'ἔμπορος, en effet, dans son commerce d'importation ou d'exportation des marchandises, ne peut guère se livrer à ses opérations que par la voie mari-

relatives à des opérations qui se sont passées dans l'ἐμπόριον par où passent les marchandises destinées à l'exportation ou à l'importation. En définitive les δίκαι ἐμπορικαὶ ne sont que des affaires de commerce maritime [1].

Mais tous les procès relatifs à ces affaires sont-ils soumis aux règles spéciales des δίκαι ἐμπορικαὶ ? Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce point. Dans une opinion, on s'en tient rigoureusement à une définition donnée par Démosthène dans son plaidoyer contre Zénothémis : οἱ νόμοι κελεύουσιν τὰς δίκας εἶναι τοῖς ναυκλήροις καὶ τοῖς ἐμπόροις τῶν Ἀθήναζε

time. Le commerce en gros est donc presque inséparable de l'armement, et c'est pour ce motif qu'Aristote considère la ναυκληρία comme une des branches de l'ἐμπορία (*Politic.*, I, 11, p. 1258, b, 21). Le commerçant qui veut importer ou exporter des marchandises, peut, sans doute, être propriétaire du navire qu'il emploie à ce transport. V. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 33. Mais il peut aussi, et c'est le cas le plus fréquent, les faire transporter sur un navire affecté par son propriétaire, le ναύκληρος, à ce genre d'opérations. Hésychius, v° ναύκληρος : ὁ δεσπότης τοῦ πλοίου. Cf. Büchsenschütz, p. 458 ; Hermann-Blümner, p. 428. L'armateur peut, d'autre part, ou bien diriger en personne le navire, ou bien en confier la direction à un subrécargue, δίοπος. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 20 : διοπτεύων τὴν ναῦν. Harpocration, v° διοπεύων : δίοπος λέγεται νεὼς ὁ διέπων καὶ ἐποπτεύων τὰ κατὰ τὴν ναῦν. Pollux, VII, 139 : δίοπος δὲ ὁ ἐπόπτης τῆς νεώς. Hézychius, v° δίοπος : ναύαρχος. Suidas, v° δίοπος : ὁ διέπων καὶ ἐποπτεύων, ὁ τῆς νεὼς ἐπιμελητής. Cf. Büchsenschütz et Hermann-Blümner, *loc. cit.* Il s'en faut toutefois sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, que la terminologie soit bien arrêtée. Ainsi Aristote considère la ναυκληρία comme une des branches de l'ἐμπορία (*Politic.*, I, 11, p. 1258 b, 21) dont les deux autres seraient la φορτηγία et la παράστασις. Or la φορτηγία est, à proprement parler, le transport des marchandises, d'une cargaison sur un navire. On a voulu, sans doute, entendre autrement le mot φορτηγία et y voir le commerce terrestre par opposition au commerce maritime. Mais cette interprétation est en opposition avec tous les textes qui parlent de la φορτηγία. Cf. Hermann-Blümner, p. 428, note 6. L'armateur ou capitaine du navire, ναύκληρος, est donc nécessairement aussi φορτηγός. Si l'on veut donner un sens à la distinction faite par Aristote entre les deux genres d'ἐμπορία, à savoir la ναυκληρία et la φορτηγία, il faut voir plus spécialement dans le ναύκληρος l'armateur ou capitaine se livrant avec son navire à des opérations commerciales pour son propre compte, tandis que le φορτηγός serait plus particulièrement un entrepreneur de transports pour le compte d'autrui, un fréteur. Cf. en ce sens : Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 114.

(1) Cf. Platner, *Process*, t. I, p. 289.

καὶ τῶν Ἀθήνηθεν συμβολαίων, καὶ περὶ ὧν ἂν ὦσι συγγραφαί. ἂν δέ τις παρὰ ταῦτα δικάζηται· μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην [1]. D'après ce texte, les actions ἐμπορικαί seraient celles exercées à l'occasion de conventions relatives à des expéditions de ou sur l'emporium d'Athènes. Elles comprendraient ainsi celles qui concernaient la constitution d'une hypothèque ou d'un gage sur des marchandises déposées dans l'emporium, le chargement, le déchargement ou la vente de ces marchandises. Il faudrait de plus, pour que l'action fût recevable comme ἐμπορική, que le contrat à l'occasion duquel elle naît fût rédigé par écrit (συγγραφή). Mais il ne serait pas nécessaire que ce contrat eût été conclu à Athènes même.

Cette définition des δίκαι ἐμπορικαί a paru trop étroite à certains auteurs. D'autres textes, qui se réfèrent également à ces actions, emploient, en effet, des formules plus compréhensives. Tel est d'abord le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios qui débute ainsi : τοῖς μὲν ἐμπόροις καὶ τοῖς ναυκλήροις κελεύει ὁ νόμος εἶναι τὰς δίκας πρὸς τοὺς θεσμοθέτας, ἐάν τι ἀδικῶνται ἐν τῷ ἐμπορίῳ ἢ ἔνθενδέ ποι πλέοντες ἢ ἑτέρωθεν δεῦρο, καὶ τοῖς ἀδικοῦσι δεσμὸν ἔταξε τοὐπιτίμιον, ἕως ἂν ἐκτίσωσιν ὅ τι ἂν αὐτῶν καταγνωσθῇ [3]. D'après ce texte, il y aurait action devant

(1) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 1.

(2) Cf. en se sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 636 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, vº *Emporikai dikai*. Une définition semblable à celle que nous venons de citer est donnée par le même orateur dans son plaidoyer contre Phormion : τὰς δίκας εἶναι τὰς ἐμπορικὰς τῶν συμβολαίων τῶν Ἀθήνησι καὶ εἰς τὸ Ἀθηναίων ἐμπόριον, καὶ οὐ μόνον τῶν Ἀθήνησιν, ἀλλὰ καὶ ὅσ' ἂν γένηται ἕνεκα τοῦ πλοῦ τοῦ Ἀθήναζε. Dareste (*Plaid. civ.*, I, p. 306) traduit ainsi ce passage : « La loi porte que les actions commerciales seront données pour toutes conventions faites à Athènes ou en vue de la place d'Athènes ; ainsi, non seulement pour celles qui sont passées à Athènes, mais encore pour toutes celles qui intéressent la navigation à destination d'Athènes. » Toutefois, suivant certains auteurs, les mots καὶ οὐ μόνον — τοῦ Ἀθήναζε seraient interpolés. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 636, note 411 ; Frænkel, *De condic. jure jurisd. soc. Athen.*, p. 67 ; Reinach, *loc. cit*, note 1.

(3) Démosthène, *C. Apat.*, § 1. Ainsi que l'observe Platner (t. I, p. 292), on voit dans ce plaidoyer qu'Apatourios avait hypothéqué, sous forme de vente fiduciaire, un navire et son équipage afin de payer d'autres créanciers auxquels

les thesmothètes pour un tort quelconque fait aux ἐμπόροις ou aux ναυκλήροις à raison d'expéditions faites d'Athènes ou sur Athènes. C'est ce que dit également le plaidoyer contre Phormion par ces mots καὶ ὅσ' ἂν γένηται ἕνεκα τοῦ πλοῦ τοῦ Ἀθήναζε, si l'on tient cette phrase pour authentique [1]. Il y aurait donc lieu à une δίκη ἐμπορική, lorsque, par exemple, dans le cours du voyage, un des intéressés dans le navire a disposé indûment des marchandises chargées sur le navire, lorsqu'il s'élève des difficultés à l'occasion des droits de douane, lorsqu'une personne élève des prétentions illégitimes sur les marchandises débarquées ou lorsqu'un négociant est illégalement entravé dans sa liberté commerciale. Les définitions données par les grammairiens viennent confirmer cette interprétation. Ainsi Pollux définit les δίκαι ἐμπορικαί : αἱ τῶν ἐμπόρων ἢ τῶν περὶ τὸ ἐμπόριον [2]. Le lexique de

le navire était affecté. Parménon et l'orateur du plaidoyer de Démosthène avaient, en conséquence, fait des avances à Apatourios et acquis un droit réel sur le navire. Mais Apatourios essaye alors de faire sortir furtivement le navire, et saisi en flagrant délit par Parménon, il en vient aux mains avec lui. En raison de ces voies de fait et aussi en raison de ce qu'il a été empêché par Apatourios de faire un voyage en Sicile, Parménon intente une action contre ce dernier. Les deux adversaires se décident à faire un compromis et à constituer des arbitres ; ils ont également fourni des cautions pour l'exécution de la sentence arbitrale. L'orateur du plaidoyer précité est actionné en qualité de caution par Apatourios, mais il soutient qu'il ne peut avoir cette qualité par suite de la nullité de la sentence arbitrale, celle-ci ayant été rendue par un seul arbitre, sans l'assistance des deux autres, comme c'était convenu. La παραγραφή ou fin de non recevoir opposée par l'orateur est fondée sur la fausseté des faits allégués par le demandeur à l'appui de son action, mais non sur le motif qu'il ne s'agirait point d'une action commerciale. Si donc le défendeur avait été réellement la caution de Parménon, une action commerciale aurait été recevable contre lui. Or, comme le dit Platner, il ne s'agissait point ici d'une convention commerciale proprement dite, d'un συμβόλαιον. La contestation ne s'y réfère qu'indirectement et seulement en tant que le défendeur et Parménon avaient fait des avances à Apatourios pour payer ses premiers créanciers et que l'hypothèque constituée à cette occasion avait fait naître une difficulté entre Parménon et Apatourios.

(1) V. *supra*, p. 90, note 2.

(2) Pollux, VIII, 63.

Séguier dit de même : δίκη ἐμπορική : ὄνομα δίκης ἣν πρὸς τοὺς ἐμπόρους περὶ σπουδὴ λαγχάνουσιν [1].

Il est assez difficile, à notre avis, de prendre parti dans ce conflit de textes. Nous serions toutefois plutôt porté à adopter la plus large interprétation. Il n'y a point, en effet, de raison décisive pour rejeter comme interpolée dans le plaidoyer de Phormion la phrase dont nous avons parlé [2]. Quant au texte tiré du plaidoyer contre Zénothémis, il n'a point, en réalité, le caractère décisif qu'on lui attribue. Zénothémis prétendait exercer une hypothèque sur un chargement de blé en disant qu'il avait prêté à la grosse à Hégestrate sur ce chargement. Démon, de son côté, se l'était approprié en se donnant comme créancier de Protos. Zénothémis intentant une action en revendication tendant à l'allocation de dommages-intérêts à la fois contre Protos et contre Démon, quoique celui-ci soit simplement créancier de Protos, Démon répond qu'il n'est intervenu entre lui et Zénothémis ni convention commerciale ni syngraphè et que, par suite, l'action de Zénothémis ne peut être portée devant le tribunal chargé spécialement de statuer sur les δίκαι ἐμπορικαί. La loi mentionnée par l'orateur a, en conséquence, uniquement pour but d'indiquer que certaines actions, comme celle qu'intente Zénothémis, ne peuvent pas être portées devant ce tribunal, mais elle ne détermine point, d'une manière affirmative, tous les procès rentrant dans la catégorie des δίκαι ἐμπορικαί.

(1) Bekker, *Anecd.*, p. 237, 33. Cf. dans le sens de cette seconde interprétation : Heffter, p. 399 ; Platner, *Process*, t. I, p. 280 ; Baumstark, *in* Pauly's Realencyclopædie, v° ἐμπορικαὶ δίκαι.

(2) Au § 4 du plaidoyer contre Phormion, l'orateur dit : ὑπὲρ μὲν τῶν μὴ γενομένων ὅλως συμβολαίων Ἀθήνησι μηδ' εἰς τὸ Ἀθηναίων ἐμπόριον παραγράφεσθαι δεδώκασιν. Cette exception d'incompétence tend-elle à dessaisir les juges athéniens au profit de juges étrangers, ou simplement à dessaisir les juges commerciaux au profit des juges ordinaires ? La question est douteuse. V. dans le premier sens, Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 292 ; Catellani, *Il diritto internazionale privato nell'antica Grecia*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XIII, 1892, p. 283.

Faut-il admettre, d'autre part, que l'existence d'un écrit est nécessaire pour qu'il puisse y avoir lieu à une δίκη ἐμπορική? L'affirmative semble bien résulter du passage précité du plaidoyer contre Zénothémis [1] où, d'après l'orateur, « les lois donnent une action en justice aux gens de mer et aux commerçants, pour expéditions faites d'Athènes ou sur Athènes, *et lorsqu'il y a contrat par écrit*, καὶ περὶ ὧν ἂν ὦσι συγγραφαί ». Ce texte, a-t-on dit, est on ne peut plus formel. En vain objecterait-on que les mots en question ont très bien pu être ajoutés par l'orateur dans l'intérêt de sa cause, car ils ne se retrouvent pas dans le plaidoyer contre Phormion. Démon n'avait, en effet, aucun intérêt à ajouter les mots καὶ περὶ ὧν κτλ. Il lui aurait suffi, pour atteindre son but, de parler simplement de συμβόλαια, sans spécifier ni employer l'expression συγγραφαί. La phrase en question est donc bien authentique. Il est vrai, comme le prouve le même plaidoyer, qu'un prêt à la grosse pouvait, à Athènes, être consenti sans écrit [2]. Mais, en fait, on rédigeait généralement un écrit, et l'usage de l'écriture dérive vraisemblablement de la loi citée par l'orateur, afin que le prêteur puisse se ménager les avantages des actions ἐμπορικαί [3].

Cette opinion nous paraît cependant fort contestable. Elle est contraire d'abord à l'esprit général de la législation athénienne qui ne fait jamais dépendre la recevabilité d'une action de la rédaction d'un écrit [4]. Ce qui, d'autre part, peut faire douter de la nécessité d'un écrit pour la recevabilité d'une action comme ἐμπορική, c'est que, dans le plaidoyer contre Phormion, l'orateur, invoquant précisément la même loi que Démon, ne parle nullement de l'existence d'une συγγραφή et emploie l'expression générale συμβόλαια, et

(1) *Supra*, p. 89.

(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 16.

(3) Hermann-Thalheim, p. 107 ; Thalheim, *Der Prozess Demons gegen Zenothemis*, in *Hermes*, XXIII (1888), p. 209 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 639, note 541, Gneist, p. 471.

dit τὰς δίκας εἶναι τὰς ἐμπορικὰς τῶν συμβολαίων κτλ [1]. Or il n'y a pas de raison pour s'en tenir plutôt au plaidoyer contre Zénothémis qu'au plaidoyer contre Phormion. On dit, sans doute, que Démon n'avait pas d'intérêt à parler spécialement de συγγραφαί plutôt que de συμβόλαια. Nous ne songeons pas à contester l'authenticité des mots καὶ περὶ ὧν ἂν ὦσι συγγραφαί, mais voici comment, à notre avis, on peut les expliquer et les concilier avec notre manière de voir. Démon, qui ne veut pas plaider contre Zénothémis, mais seulement contre Protos, avec qui il a contracté, commence par dire qu'il n'a pas contracté avec Zénothémis, et s'il emploie alors l'expression συγγραφαί, c'est parce que les contrats maritimes, comme celui sur le fondement duquel agissait Zénothémis, étaient habituellement rédigés par écrit. Mais il corrige immédiatement ce que le mot συγγραφαί pourrait sembler avoir de trop étroit en disant, dans la phrase suivante : « Or, entre Zénothémis et moi, il n'y a ni convention, ni contrat par écrit, οὐδὲν ἦν συμβόλαιον οὐδὲ συγγραφή [2] ». En citant la loi en question, Démon voulait donc dire simplement que l'action de Zénothémis n'était pas recevable faute de convention qui lui servît de base, convention ordinairement passée sous la forme écrite, συγγραφή [3].

On a proposé une autre interprétation du passage en question, en donnant une importance spéciale aux mots περὶ ὧν, qui signifieraient alors « relativement aux points sur lesquels le contrat s'explique. » Dans cette opinion, l'action ἐμπορική ne serait point admissible par cela seul qu'il y aurait un contrat écrit ; elle ne le serait que si les points litigieux étaient touchés par le contrat [4]. Mais c'est là,

(1) V. *supra*, p. 21 et s.
(1) V. *supra*, p. 90, note 2.
(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 2.
(3) V. en sens : Schulze, *Prolegomena in Demosthenis orat. contra Apaturiam*, p. 28. Cf. Heffter, p. 400.
(4) Philippi, *in Jahrb. f. Philol.*, XCV, 582.

selon nous, une interprétation tout à fait conjecturale et artificielle. Elle se trouve, en outre, directement contredite par un autre passage du plaidoyer contre Lacritos où l'orateur attribue une compétence générale au tribunal commercial, non seulement quant aux points prévus par le contrat, mais pour toutes les questions que peut faire naître le contrat intervenu entre les parties [1].

Dans le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos, l'orateur, pour établir la compétence des juges commerciaux dans l'affaire, observe que l'argent prêté à la grosse a été versé dans l'emporium, qu'il s'agit d'une convention commerciale et que son adversaire et lui sont des commerçants [2]. Mais cette dernière circonstance n'est point une condition indispensable du caractère commercial de l'action. A Athènes, en effet, la loi ne reconnaît point à certains individus la qualité de commerçant, avec les conséquences juridiques que comporte cette qualité dans le droit moderne. C'est donc la nature même de l'affaire qui détermine son caractère de δίκη ἐμπορική, et il importe peu qu'elle ait été conclue par un commerçant ou par un simple citoyen qui importe des marchandises pour son usage personnel. A l'inverse, du moment qu'une transaction ne constitue directement ni indirectement un acte de commerce, il ne peut être question d'une δίκη ἐμπορική, alors même que les deux parties seraient des ἔμποροι [3].

(1) Démosthène, *C. Lacrit*, § 27 : ὅσα μὲν γὰρ ἀμφισβητήσιμά ἐστι τῶν συμβολαίων, κρίσεως δεῖται, τὰ δὲ παρ' ἀμφοτέρων ὁμολογηθέντα τῶν συντιθεμένων, καὶ περὶ ὧν συγγραφαὶ κεῖνται ναυτικαί, τέλος ἔχειν ἅπαντες νομίζουσι, καὶ χρῆσθαι προσήκει τοῖς γεγραμμένοις.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 49 : ἐγὼ δ' εἰμὶ ἔμπορος καὶ σὺ ἀδελφὸς καὶ κληρονόμος, ἑνὸς τῶν ἐμπόρων, τοῦ λαβόντος παρ' ἡμῶν τὰ ἐμπορικὰ χρήματα.

(3) Cf. Baumstark, *loc. cit.*; Platner, *loc. cit.*, p. 291. Perrot (*Droit public*, p. 311, note 1) estime, au contraire, que la compétence était déterminée moins par le caractère du fait qui servait de fondement à l'action que par le caractère de la personne à qui elle était intentée. Il allègue en ce sens un passage de Lysias (*De pec. publ.*, § 5) où l'on voit un créancier, en vertu de son droit de vente, réclamer un immeuble aux héritiers de son débiteur et ceux-ci arguer

Nous observerons enfin que les délits commis à l'occasion d'opérations commerciales ne donnaient point lieu à une δίκη ἐμπορική mais à l'action pénale ordinaire. Aussi, dans le plaidoyer contre Zénothémis, l'orateur, en parlant du vol des papiers ou du bris des sceaux reprochés à Protos, ou du vin qu'il aurait bu pendant une tempête jusqu'à en perdre la raison, dit-il qu'il aurait dû être cité devant le polémarque à raison de ces faits, alors qu'au contraire, s'il s'était agi d'une δίκη ἐμπορική, Protos, même comme étranger, aurait dû être actionné devant les thesmothètes ou les εἰσαγωγεῖς [3]. D'autre part, les ἐπιμεληταὶ ἐμπορίου exerçaient à l'occasion sur les commerçants une certaine juridiction administrative et de police.

Les δίκαι ἐμπορικαί se distinguent des affaires ordinaires au double point de vue de la compétence et de la procédure. En ce qui concerne d'abord la compétence [3], ces actions, au v[e] siècle, appartenaient à l'hégémonie de magistrats spéciaux, les ναυτοδίκαι, à qui ressortissaient également les procès en usurpation du droit de cité γραφαὶ ξενίας [4]. Ce n'était point, du reste, par un pur hasard que ces deux catégories d'actions étaient attribuées aux mêmes magistrats. C'était, en effet, parmi les étrangers amenés au Pirée par les opérations de leur négoce que devaient se rencontrer ceux à qui leur fortune ou leurs relations pouvaient inspirer le désir de s'attribuer frauduleusement le droit de cité. Or les juges mari-

de leur qualité de négociants (ἔμποροι φάσκοντες εἶναι) pour faire porter la contestation devant les ναυτοδίκαι.

(1) Cf. Platner, *loc. cit.*, p. 293.

(2) Cf. Baumstark, *De curatoribus emporii et nautodicis ap. Athen.*, 1827; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 98; Gilbert, t. I, p. 290.

(3) On rencontre à Ephèse, ainsi que dans plusieurs autres cités commerçantes un ξενικὸν δικαστήριον, c'est-à-dire un tribunal institué primitivement pour juger les contestations entre étrangers ou entre citoyens et étrangers et auquel, par extension, on finit par attribuer la plupart des affaires de commerce. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 45.

(4) Lexic. Seguer., (Bekker, 283, 3) : ναυτοδίκαι ἄρχοντές τινές εἰσι τοῖς ναυ-

times, qui avaient à intervenir fréquemment dans les contestations où ces commerçants se trouvaient engagés, étaient mieux à même que tous autres de contrôler leurs allégations dans les actions ξενίας [1]. On ne connaît ni la date de l'institution de ces magistrats [2], ni leur nombre. Ils sont, d'autre part, mentionnés pour la dernière fois en 397 [3], et ils ont disparu au IVe siècle, où l'on voit les affaires commerciales déférées aux thesmothètes [4]. Aussi certains auteurs ont-ils prétendu que les ναυτοδίκαι n'avaient jamais eu, comme ces derniers, la qualité de magistrats instructeurs, mais qu'ils étaient seulement des juges spéciaux, pris parmi les commerçants et les navigateurs, et auxquels les thesmothètes renvoyaient le jugement des affaires commerciales [5]. Mais cette opinion est aujourd'hui généralement abandonnée. Elle se trouve, en effet, en contradiction formelle avec les termes d'un décret du peuple qui oppose d'une façon manifeste les ναυτοδίκαι au δικαστήριον [6]. D'autre part, certains lexicographes qualifient les ναυτοδίκαι de ἀρχή ou ἄρχοντες [7], ce qui fait penser à des magistrats et non à des juges. Il est probable que les ναυτο-

κλήροις δικάζοντες καὶ τοὺς περὶ το ἐμπόριον ἐργάταις. Pollux, VII, 126 : οἱ δὲ ναυτοδίκαι ἦσαν οἱ τὰς τῆς ξενίας δίκας εἰσάγοντες. Hésychius, v° ναυτοδίκαι : οἱ περὶ τοῦ ἐμπορίου δικασταί, ἐφ' ὧν καὶ αἱ τῆς ξενίας ἐκρίνοντο δίκαι. Cf. Photius, Harpocration et Suidas, v° ναυτοδίκαι. Parmi les orateurs, Lysias est le seul qui mentionne les ναυτοδίκαι : *De pec. publ.*, §§ 5 et 8.

(1) Cf. Perrot, *Droit public*, p. 312-313 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 198, note 165.

(2) Ils furent probablement institués au Ve siècle. Cf. Gilbert, t. I, p. 423.

(3) Dans le plaidoyer de Lysias cité *supra*, p. 96, note 4. Cf. Gilbert, p. 424, note 1 ; Blass, *Gesch. d. attis. Beredsamkeit*, t. I, p. 629.

(4) Lucien commet évidemment un anachronisme lorsque, dans ses *Dialogues des courtisanes* (II, 2), il mentionne les ναυτοδίκαι après la mort d'Alexandre. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 97, note 163 ; Gilbert, t. I, p. 424, note 1.

(5) Bœckh, t. I, p. 64 ; Meier, *De bonis damnat.*, p. 95 ; De Vries, *De foenoris nautici contractu*, p. 103 ; Baumstark, *loc. cit.*, p. 65 et s. Cf. Perrot, *Droit public*, p. 311-312.

(6) *Corp. insc. att.*, I, 29 : τῷ αὐτῷ μηνὶ οἱ ναυτοδίκαι... τὸ δικαστήριον παρεχόντων.

(7) Harpocration et Pollux, *loc. cit.*

δίκαι ont été remplacés par les thesmothètes à l'époque où, pour hâter l'expédition des affaires commerciales, on a classé celles-ci parmi les δίκαι ἔμμηνοι, c'est-à-dire à l'époque de Philippe [1]. Il est difficile de savoir quelle était la procédure devant les ναυτοδίκαι. On peut seulement conjecturer que le jugement des affaires commerciales avait lieu pendant l'hiver, quand la navigation était suspendue [2]. D'après un décret de Cratéros mentionné par Harpocration [3], les ναυτοδίκαι auraient dû, dans certains cas, statuer dans le mois de l'introduction de la demande. Mais à l'époque de Lysias les δίκαι ἐμπορικαί n'étaient pas ἔμμηνοι [4].

Dans les plaidoyers de Démosthène relatifs à des δίκαι ἐμπορικαί, il n'est plus fait la moindre allusion aux ναυτοδίκαι et c'est toujours aux thesmothètes que l'orateur attribue compétence pour l'instruction de ces actions [5]. Aristote dit également que l'instruction des procès commerciaux appartient aux thesmothètes [6]. On pourrait toutefois éprouver certains doutes à cet égard. Les δίκαι ἐμπορικαί furent, en effet, comme nous le verrons, rangées au milieu du IVe siècle au nombre des δίκαι ἔμμηνοι. Or Aristote attribue, d'une manière générale, l'instruction des dernières à des magistrats spéciaux, nommés εἰσαγωγεῖς [7], élus au nombre de

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 97; Frænkel, sur Bœckh, *loc. cit.*, II, note 92 ; Gilbert, t. I, p. 423 ; Hermann-Thumser, p. 595 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Emporikai dikai*. Schœmann (*Verfass. Athen. Gesch.*, p. 47), considère les ναυτοδίκαι comme étant à la fois magistrats instructeurs et juges.

(2) Lysias, *De pec. publ.*, § 5 : πέρυσι μὲν οὖν διεγράψαντο μοι τὰς δίκας, νυνὶ δὲ λαχόντος ἐν τῷ Γαμηλιῶνι μηνὶ οἱ ναυτοδίκαι οὐκ ἐξεδίκασαν. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 96.

(3) Harpocration, *loc. cit.*

(4) Lysias, *loc. cit.* Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 97, note 165.

(5) Démosthène, *C. Apatur.*, § 1 ; *C. Phorm.*, § 45.

(6) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 59 : οἱ δὲ θεσμοθέται... εἰσάγουσι καὶ δίκας ἐμπορικάς.

(7) Aristote, *loc. cit.*, c. 52 : κληροῦσι δὲ καὶ εἰσαγωγέας ε ἄνδρας, οἱ τὰς ἐμμήνους εἰσάγουσι δίκας.

cinq, un par deux tribus, et qui, mentionnés dans une inscription de 425-424 [1], ont disparu au IVe siècle où leurs attributions ont été réparties entre d'autres magistrats [2]. Pollux, d'autre part, cite formellement parmi les δίκαι ἔμμηνοι, instruites par les εἰσαγωγεῖς, les actions ἐμπορικαί [3]. Nous estimons cependant que l'hégémonie des δίκαι ἐμπορικαί appartient aux thesmothètes et non aux εἰσαγωγεῖς. Démosthène n'attribue jamais ces actions qu'aux thesmothètes. C'est également ce que décide en termes formels Aristote au c. 59. Il n'y a nullement contradiction entre la disposition du c. 52 et celle du c. 59, car si, au c. 52, Aristote attribue les δίκαι ἔμμηνοι, d'une manière générale, aux εἰσαγωγεῖς, néanmoins, dans l'énumération détaillée qu'il fait ensuite de ces actions, il ne signale point les δίκαι ἐμπορικαί proprement dites à côté d'autres actions qui ont ou peuvent avoir aussi un caractère commercial, comme les δίκαι κοινωνικαί ou τραπεζιτικαί. On voit, du reste, par d'autres documents, que toutes les δίκαι ἔμμηνοι n'étaient point exclusivement instruites par les εἰσαγωγεῖς [4]. On doit donc, à notre avis, préférer au témoignage de Pollux la déclaration formelle du c. 59 d'Aristote qui attribue les δίκαι ἐμπορικαί aux thesmothètes.

La procédure des δίκαι ἐμπορικαί, du moins à l'époque où

(1) *Corp. inscr. att.*, I, 37, 48.

(2) Cf. sur les εἰσαγωγεῖς : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 94 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Eisagogeis*. La découverte de l'Ἀθηναίων πολιτεία d'Aristote (c. 52) prouve que les εἰσαγωγεῖς étaient bien des magistrats spéciaux et non point, comme on l'avait prétendu, les magistrats ordinaires ainsi nommés de ce qu'ils introduisent (εἰσάγουσι) les affaires devant les tribunaux.

(3) Pollux, VIII, 101 : εἰσαγωγεῖς οἱ τὰς ἐμμήνους δίκας εἰσάγοντες· ἦσαν δὲ προικὸς, ἐρανικαί, ἐμπορικαί.

(4) Ainsi une inscription (*Corp. inscr. att.*, I, 38) dit que les ἐπιμεληταί introduisent comme ἐμμήνους δίκας les procès soulevés à l'occasion du refus de payement des tributs. De même, d'après Aristote (*loc. cit.*, c. 52), les apodectes introduisent également comme ἔμμηνα les procès pour les fermiers des impôts ou contre eux quand ils étaient en retard de verser une somme de dix drachmes.

ces actions sont attribuées aux thesmothètes, se distingue par la rapidité de leur instruction. Xénophon avait déjà proposé d'attribuer des primes aux juges commerciaux qui se signaleraient par leur célérité [1]. Ce vœu reçut satisfaction lorsque les affaires commerciales furent rangées parmi les δίκαι ἔμμηνοι, c'est-à-dire parmi les procès dont la solution doit intervenir dans le mois de l'introduction de la demande. La date de cette réforme se place entre 355 et 342, ainsi que cela résulte du discours de Démosthène ou plutôt d'Hégésippe *De Haloneso* [2]. Aristote, il est vrai, ne mentionne pas les affaires ἐμπορικαί parmi les δίκαι ἔμμηνοι [3]. Mais Démosthène leur attribue formellement le caractère d'ἔμμηνοι [4]. Le témoignage des grammairiens vient, sur ce point, confirmer celui de Démosthène [5].

Les δίκαι ἐμπορικαί ne pouvaient être jugées que pendant

(1) Xénophon, *De vectig.*, III, 3.

(2) § 12 : καὶ ἐμπορικαὶ δίκαι οὐκ ἦσαν ὥσπερ νῦν ἀκριβεῖς, αἱ κατὰ μῆνα. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 907 ; Dareste, *Plaidoyers politiques de Démosthène*, t. I, p. 316 ; Hermann-Thumser, p. 596.

(3) Voici, d'après Aristote, (*Constit. des Athén.*, c. 52), l'énumération des δίκαι ἔμμηνοι que nous avons déjà eu l'occasion de signaler dans différentes matières, ce sont les actions : 1° en payement ou restitution de la dot (προικὸς ἐάν τις ὀφείλων μὴ ἀποδιδῷ) ; 2° en payement des intérêts d'un prêt (κἄν τις ἐπὶ δραχμῇ δανεισάμενος ἀποστερῇ) ; 3° en restitution d'un petit capital emprunté pour faire des affaires sur le marché (κἄν τις ἐν ἀγορᾷ βουλόμενος ἐργάζεσθαι δανείσηται παρά τινος ἀφορμήν) ; 4° l'action de coups et blessures (αἰκίας) ; 5° les actions entre éranistes (ἐρανικαί) ; 6° les actions entre associés (κοινωνικαί); 7° les actions résultant de ventes d'esclaves ou de bêtes de trait (ἀνδραπόδων καὶ ὑποζυγίων) ; 8° celles ayant pour cause le service des triérarchies (τριηραρχικαί) ; 9° les actions relatives aux opérations des banquiers (τραπεζιτικαί). On peut rapprocher des δίκαι ἔμμηνοι d'Athènes les δίκαι τριακοσταίαι d'Héraclée. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 196, l. 49, p. 214, l. 27.

(4) Démosthène, *C. Apatur.*, § 23 : αἱ δὲ λήξεις τῶν δικῶν τοῖς ἐμπόροις ἔμμηνοί εἰσιν ἀπὸ τοῦ Βοηδρομιῶνος μέχρι τοῦ Μουνυχιῶνος, ἵνα παραχρῆμα τῶν δικαίων τυχόντες ἀνάγωνται. Cf. Démosthène (Hégésippe), *De Halon*, § 12, *supra*, note 2.

(5) Pollux, VIII, 63 : ἐμπορικαὶ δὲ καὶ ἔμμηνοι. Lexic. Seguer. (Bekker), 237, 33 : δίκη ἐμπορική... ἦσαν δὲ αὗται ἔμμηνοι ὑπὲρ τοῦ μὴ τρίβεσθαι αὐτοὺς δικαζομένους καὶ ἀργεῖν τῆς ἀγορᾶς.

l'hiver (des mois de boédromion à munychion) [1], quand les tempêtes retenaient au port marchands et capitaines. Les tribunaux avaient alors tout le temps nécessaire pour juger les contestations qui avaient pu s'élever pendant la belle saison [2]. Il est peu probable, du reste, que, malgré le vœu de la loi, le jugement de l'affaire ait toujours pu intervenir le trentième jour de la demande au plus tard. Dans nombre d'affaires maritimes, en effet, il fallait aller chercher très loin les preuves nécessaires à la découverte de la vérité, et l'on ne pouvait matériellement arriver à juger la demande dans le délai imparti par la loi [3].

Dans la théorie généralement admise, l'étranger ne peut pas se présenter en personne devant les tribunaux athéniens et il y est représenté soit par le proxène de sa nation, soit, s'il est métèque, par son prostate. On reconnaît toutefois, dans cette théorie, qu'il existait une exception à la règle en matière de commerce maritime, et que dans les δίκαι ἐμπορικαί les étrangers pouvaient ester personnellement en justice. Ainsi dans le discours de Démosthène contre Midias, l'orateur nous parle d'un jugement obtenu par un étranger dans une affaire commerciale, sans faire aucune allusion à l'intervention de son prostate [4]. De même Lysias, dans son discours sur les marchands de blé, qui sont des métèques, ne fait pas la moindre mention d'une intervention de leurs patrons. C'est enfin, dit-on, en vertu de cette même disposition de faveur que le Marseillais Zénothémis peut intenter une action contre l'Athénien Démon [5]. Dans la théorie qui considère, au contraire, le prostate des métèques comme un

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 23, *supra*, p. 100, note 4.

(2) Perrot, *Droit public*, p. 312. V. *supra*, p. 98, note 2.

(3) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1223.

(4) Démosthène, *In Midiam*, § 176.

(5) Démosthène, *C. Zenoth.*, §§ 1 et s. V. en ce sens : Platner, *Process*, t. I, p. 89 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 288, note 2 ; Hermann-Thumser, p. [illegible], note 3 ; Hermann-Blumner, p. 423, note 6.

parrain plutôt que comme un patron, le droit pour les métèques d'intenter personnellement une action commerciale n'est que l'application du droit commun [1].

Une autre particularité de la procédure des δίκαι ἐμπορικαί, c'est que le demandeur qui est débouté de son action est frappé de l'épobélie, c'est-à-dire d'une amende égale au sixième du litige [2]. Le recouvrement de cette amende est assuré par les moyens spéciaux autorisés en matière commerciale et dont nous allons parler.

L'exécution des condamnations prononcées à la suite d'une δίκη ἐμπορική est spécialement assurée par la loi. Tandis que les jugements ordinaires ne peuvent être exécutés que sur les biens meubles ou immeubles de la partie condamnée, en matière commerciale, au contraire, la partie qui a triomphé peut user de la contrainte par corps et, comme nous l'exposerons ultérieurement, faire arrêter la partie perdante par les Onze et la retenir en prison jusqu'à l'exécution des condamnations prononcées par le jugement [3].

Les contrats commerciaux seraient, dans une opinion, soumis à une dernière règle spéciale en ce sens que les cautions qui en garantissaient l'exécution n'auraient été tenues

(1) Cf. Clerc, p. 260, et s. Hudtwalcker, p. 153, note, enseigne que si les thesmothètes sont compétents dans les procès commerciaux où figurent des citoyens, la compétence appartient au polémarque dans ceux où figurent des étrangers. Mais rien ne justifie une pareille distinction. Nous voyons, au contraire, que dans deux discours de Démosthène où des métèques sont intéressés dans l'affaire, les magistrats compétents sont les thesmothètes : *C. Apatur.*, § 1 ; *C. Phorm.*, § 45. Cf. Clerc, p. 95.

(2) Suidas, v° ἐπωβελία· πολλῶν εἰς χρήματα συκοφαντούντων—καὶ μάλιστα τοῦτο πράττειν. διαβαλλομένων τῶν περὶ τὸ ἐμπόριον συμβαλλόντων ἐπὶ ναυτικοῖς τόκοις, Ἀθηναῖοι ἔταξαν κατὰ τῶν ἐγκαλούντων. Dans le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, où il s'agit d'une δίκη ἐμπορική, l'orateur (§ 4) fait allusion à la peine de l'épobélie dont il est menacé. Cf. Platner, *Process*, t. I, p. 294 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 951 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 352, note 3.

(3) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § IV, De la contrainte par corps.

que pendant un an, par dérogation à la règle générale suivant laquelle les actions personnelles ne se prescrivent que par cinq ans [1]. Mais cette opinion ne repose que sur un texte [2] dont le véritable sens est, comme nous le verrons, fort incertain [3].

(1) Caillemer, *Prescription*, p. 21 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Eggyè*, p. 492 ; Lécrivain, *Cautionnement*, p. 28.

(2) Démosthène, *C. Apatur.*, § 27.

(3) V. *infra*, tit. III, chap. I, Extinction des obligations.

CHAPITRE II

THÉORIE DES PRINCIPAUX CONTRATS

SECTION I

Contrat de vente.

§ I. — Formation du contrat de vente.

Le contrat de vente, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, fut inconnu dans le droit grec tant que subsista dans sa force primitive le régime de la propriété familiale, ou du moins ce contrat ne pouvait avoir pour objet, et encore sous la forme spéciale d'un échange, que les choses mobilières, le sol étant inaliénable. Nous avons montré comment la vente s'est introduite par degrés dans la législation et dans les mœurs. Dans le droit attique, à l'époque des orateurs, il n'existe plus aucune trace des anciennes restrictions [1].

Dans l'énumération qu'il fait des principaux contrats, Aristote [2] désigne celui qui va nous occuper par deux termes distincts et corrélatifs, πρᾶσις, ὠνή, correspondant l'un à la *venditio* du droit romain, l'autre à l'*emptio* [3]. A

(1) V. *supra*, t. III, p. 63 et s.

(2) Aristote, *Ethic. Nicom.*, V, 2, § 13.

(3) Le mot ὠνή désigne aussi quelquefois le prix de la vente. Cf. *Corp. inscr. Græc. sept.*, I, 3376 : καὶ κελευσάτω ἀποδοῦναι τὴν ὠνὴν τῆς οἰκίας Ἁρμέαι Θέωνι. Cf. Dittenberger, *loc. cit.* I, 1741.

Athènes, comme à Rome, au lieu d'employer une seule expression pour désigner un contrat unique, on se préoccupe d'indiquer la double physionomie de l'opération juridique suivant que l'on se place au point de vue du vendeur ou à celui de l'acheteur, et selon que l'on envisage plus spécialement l'acte d'aliénation ou l'acte d'acquisition. On a observé à ce sujet qu'Aristote employait un langage plus exact que celui des jurisconsultes romains [1] en mettant la vente avant l'achat [2]. Mais sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, Aristote était en progrès sur ses contemporains, et l'on voit souvent l'ordre des termes renversés et le contrat désigné dans les auteurs par les mots ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις [3].

Le contrat de vente peut être défini celui par lequel il est convenu entre deux personnes que l'une, nommée le vendeur, procurera à l'autre, nommée l'acheteur, une certaine chose, sous la condition que l'acheteur donnera en retour au vendeur une somme déterminée. Ce contrat, à Rome, est rangé au nombre de ceux qui se forment *solo consensu*, c'est-à-dire que la vente est parfaite dès l'instant même où les parties s'accordent sur la chose et sur le prix, avec l'intention arrêtée de s'obliger réciproquement, et indépendamment de l'accomplissement de toute autre formalité. Nous estimons également que tel a été le caractère de la vente dans le droit attique. On l'a cependant contesté et l'on a enseigné que la vente n'était parfaite que lorsqu'il y avait eu dation d'arrhes. Mais nous démontrerons ultérieurement l'inexactitude de cette théorie. La dation d'arrhes, ainsi que nous le verrons, n'était qu'un signe de la conclusion de la vente, et peut-être aussi servait-elle à Athè-

(1) Cf. Inst. *De cons. oblig.*, III, 22 : « Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus.... »

(2) Hofmann, p. 60, note 50 et p. 80.

(3) Théophraste, *in* Stobée, *Flor.*, XLIV, 22, § 4 : κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις. Cf. Hérodote, I, 153 ; Platon, *Civitas*, VII, 525 ; *Sophista*, 223 ; Sophocle, fr. 756.

nes à assurer aux parties la faculté de dédit pendant un certain temps [1].

Le droit attique n'a point non plus subordonné la perfection du contrat à l'observation de certaines formes solennelles. Nous avons vu, il est vrai, en étudiant les règles relatives au transfert de la propriété, qu'à Athènes les ventes, du moins les plus importantes, devaient être affichées un certain temps à l'avance et que l'acheteur devait payer un droit de mutation nommé ἑκατοστή [2]. Mais ce sont là des formalités qui ont trait au transfert de la propriété, et ce transfert est entièrement indépendant de la perfection du contrat.

La loi athénienne n'exigeait, d'ailleurs, aucune des formalités que l'on voit pratiquées dans d'autres localités, comme la présence d'un magistrat, l'intervention des voisins, des sacrifices [3]. La vente se formait par le seul fait de l'échange des consentements, sans même que la présence de témoins ou la confection d'un écrit fussent nécessaires. La prudence commandait toutefois aux parties de se procurer une preuve du contrat, et il est probable que les clauses de l'acte étaient habituellement consignées par écrit [4]. Si les documents de cette nature n'abondent pas dans l'épigraphie, cela tient sans doute à la fragilité des matières que l'on employait [5]. A défaut d'écrit, les parties devaient tout au moins ne contracter qu'en présence de témoins capables de venir plus tard déposer en justice, à l'occasion des contestations soulevées par l'exécution du contrat.

(1) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § 1, Des arrhes.

(2) V. *supra*, t. III, p. 333 et s.

(3) V. *supra*, t. III, p. 319 et s.

(4) Cf. Lycurgue, *C. Leocrat.*, § 27. Les papyrus gréco-égyptiens renferment de nombreux actes de vente. Cf. Leemanns, *Papyri græci musei antiq. Lugd. Bat.*, pap. L. M. N. P.; Peyron *Papyri græci Taurin.*, t. I et II. V. Gneist, p. 426.

(5) Guiraud, p. 268.

§ II. — Eléments du contrat de vente.

Le contrat de vente comporte, d'après la définition que nous en avons donnée, et qui est d'ailleurs celle que l'on peut donner dans toute législation, deux éléments essentiels : 1° une chose, c'est-à-dire ce que les Romains appelaient *res* ou *merx*, et 2° un prix, *pretium*. Nous allons analyser successivement ces deux éléments dans le droit attique.

A. — *De la chose vendue ou de l'objet de la vente.*

Les choses qui peuvent faire l'objet d'un contrat de vente ne sont point toutes celles qui pourraient être l'objet d'une convention. Il résulte de la nature même du contrat que les choses susceptibles d'être vendues sont seulement celles qu'il est possible de faire entrer dans le patrimoine de l'acheteur [1], ou, en d'autres termes, celles qui sont dans le commerce. Or, à cet égard, le droit attique avait proclamé le principe de la liberté des transactions, et admis que toute chose, corporelle ou incorporelle, peut être vendue.

A l'origine, toutefois, la règle fut différente, et la partie la plus importante du patrimoine se trouvait hors du commerce et inaliénable : nous voulons parler des immeubles dont l'aliénation était interdite afin d'assurer l'intégrité du patrimoine familial. Mais cette prohibition, qui était vraisemblablement appliquée à Athènes comme dans le reste de la Grèce [2], disparut le jour où elle perdit sa raison d'être, c'est-à-dire quand le régime de la propriété familiale fut remplacé par celui de la propriété individuelle [3]. Peut-être

(1) Cf. Caillemer, *Contrat de vente*, p. 661 ; Büchsenschutz, p. 526.
(2) Cf. l. 34, D. *De contrah. empt.*, XVIII, 1.
(3) V. *supra*, t. III, p. 63 et s.
(4) A Sparte, l'inaliénabilité du κλῆρος persista beaucoup plus longtemps.

la loi attribuée par Aristote à Solon, et qui aurait interdit l'acquisition illimitée des terres, fut-elle une mesure de transition entre l'ancien et le nouveau régime [1]. Dans tous les cas, cette loi ne tarda pas à tomber en désuétude [2] et, à l'époque classique, il n'existe aucune restriction à l'aliénation ou à l'acquisition des immeubles [3].

Toute espèce d'immeuble, champ, maison, jardin, peut donc être l'objet d'une vente. Le registre des ventes immobilières de Ténos nous fournit à cet égard des renseignements très précieux sur l'état de la propriété foncière rurale et urbaine dans la Grèce antique. On y voit notamment plusieurs fois, pour les maisons sises en ville, qu'elles sont vendues avec les portes dont elles sont garnies. Le registre mentionne aussi la vente de tours (πύργοι) servant de refuge aux cultivateurs surpris par les pirates [4]. Les ventes immobilières, en raison de l'importance de leur objet, et probablement aussi par le motif que le prix n'en était pas toujours payé comptant, étaient souvent gravées sur pierre. Ces inscriptions avaient lieu non seulement lorsqu'une des parties contractantes était une personne morale, comme un temple ou une cité, mais encore lorsque la vente se passait entre deux particuliers [5].

Les meubles de toute sorte sont également susceptibles d'être vendus. Tels sont notamment les esclaves. Nous avons précédemment exposé les règles relatives au com-

Aristote, *Polit.*, II, 6 (9), p. 1279 ; Héraclide de Pont, Fr. 2 ; Plutarque, *Agis*, V, 2. Cf. Anthes, p. 20. Tant que cette prohibition fut maintenue, le propriétaire n'avait d'autre ressource que d'aliéner le revenu de l'immeuble et de pareilles transactions devaient assez souvent avoir lieu. Cf. Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 111 et s. ; Guiraud, p. 265.

(1) V. *supra*, t. III, p. 86.

(2) Cf. Caillemer, *Contrat de vente*, p. 14 ; Anthes, p. 20.

(3) V. toutefois la restriction apportée par un décret de 378 au droit des Athéniens d'acquérir des immeubles sur les territoires des alliés, *supra*, t. III, p. 95.

(4) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 102.

(5) Cf. Anthes, p. 21 ; *Hermes*, t. II, p. 171.

merce des esclaves [1]. Nous rappellerons seulement que la vente des esclaves peut être un moyen indirect d'affranchissement, lorsque cette vente est fictive et consentie au profit du dieu, comme à Delphes [2].

Si les esclaves peuvent être l'objet d'une vente parce qu'ils sont juridiquement assimilés à une chose mobilière quelconque, il en est autrement des hommes libres, du moins depuis les réformes de Solon. Nous avons vu, en effet, que ce réformateur, d'une part a interdit la vente des enfants par leurs parents [3] et, d'autre part, a aboli la servitude de la dette. La liberté est donc inaliénable soit directement, soit indirectement, et toute personne libre peut ainsi être considérée comme étant hors du commerce. Ce principe n'est toutefois rigoureusement vrai que pour les citoyens athéniens [4]. Les étrangers et les métèques peuvent, au contraire, être vendus comme esclaves, soit à la suite d'une guerre où ils ont été faits prisonniers, soit à titre de peine dans certains cas que nous avons précédemment énumérés [5].

Outre les esclaves, toutes autres choses mobilières corporelles peuvent être l'objet d'une vente. Des lois spéciales avaient toutefois, par des raisons d'ordre économique ou politique, apporté à la liberté des transactions certaines restrictions que nous avons précédemment indiquées [6].

Les choses incorporelles sont, aussi bien que les choses corporelles, susceptibles d'être vendues. Ainsi la vente peut avoir pour objet une créance, opération que l'on qualifie alors spécialement de cession ou de transport de créance [7].

(1) V. *supra*, t. II, p. 420 et s.
(2) V. *supra*, t. II, p. 476 et s.
(3) *Supra*, t. II, p. 93.
(4) Sauf l'exception relative au captif qui ne rembourse pas le prix de sa rançon. V, *supra*, t. II, p. 415.
(5) *Supra*, t. II, p. 416 et s.
(6) V. *supra*, p. 82 et s.
(7) V. *infra*, tit. III, chap. II, Transmission des obligations.

On voit également, dans certains documents concernant des villes d'Asie mineure ou des contrées voisines de l'Asie [1], que les sacerdoces peuvent être l'objet d'un contrat dont la terminologie est empruntée à la vente (ἀγοράζω, πιπράσκω, πωλέω, πρᾶσις, ἐπίπρασις κτλ.) et qui, s'il ne constitue pas une vente proprement dite, peut du moins être comparé à une emphytéose à vie, celui qui achète le sacerdoce en étant investi jusqu'à sa mort [2].

Les fonds de commerce, pour employer la qualification moderne, peuvent pareillement faire l'objet d'une vente ou cession. Le plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène porte tout entier sur la cession d'un fonds de commerce de parfumerie, et il nous montre que l'acquisition du fonds entraîne pour le cessionnaire la charge des dettes qui peuvent le grever [3]. De même des banques, après avoir liquidé, peuvent céder leur enseigne ou clientèle [4].

Nous signalerons enfin, comme susceptible de faire l'objet d'un contrat de vente, le droit de percevoir les impôts, car à Athènes cette adjudication des impôts se rapproche plus de la vente que du louage [5].

La loi romaine, partant probablement de cette idée qu'il ne faut pas se préoccuper des faits qui rendent l'exécution difficile pour le débiteur (le vendeur), mais seulement de ceux qui rendent l'acquisition impossible ou pour tout le monde, ou pour le stipulant, avait admis que la chose d'autrui pouvait faire l'objet d'une stipulation ou d'une vente, pourvu que le stipulant pût l'acquérir. Le droit attique a-t-il également admis le caractère licite de la vente de la chose

(1) *Corp. inscr. gr.*, II, n° 2656; Dittenberger, *Sylloge*, II, 535; 'Αθήναιον, VII, p. 207; *Berichte der Berl. Akad.*, 1877, p. 474.

(2) Cf. Anthes, p. 25-29.

(3) Cf. Weil, *in Revue des études grecques*, t. V, 1892, p. 158 et s., et *Journal des savants*, 1892, p. 299 et s.

(4) Cf. Koutorga, p. 22.

(5) V. *infra*, p. 161.

d'autrui? Il est difficile de se prononcer à cet égard en l'absence de tout renseignement positif. Nous serions cependant plutôt disposé à admettre la solution négative, d'abord par ce motif qu'à Athènes, à la différence ce qui avait lieu à Rome, le contrat de vente emporte par lui seul translation de la propriété *inter partes*, et que dès lors le but de ce contrat ne peut être rempli quand la chose vendue n'appartient point au vendeur. On peut aussi invoquer en ce sens la disposition de la loi de Gortyne ainsi conçue : « Tant que le père est vivant, nul ne peut acquérir du fils ni recevoir de lui en hypothèque ni tout ni partie des biens paternels... Semblablement le père ne pourra *ni vendre ni promettre* les biens que ses enfants auront acquis par eux-mêmes ou par l'effet d'un partage. Le mari ne pourra non plus *ni vendre ni promettre* les biens de sa femme, ni le fils les biens de sa mère [1]. » La sanction de cette interdiction, c'est la nullité de la vente, de la promesse ou de l'hypothèque [2].

En supposant qu'il admette la nullité de la vente de la chose d'autrui, le droit attique apporte toutefois, dans l'intérêt de l'Etat, une exception à cette règle lorsqu'il s'agit de l'aliénation régulièrement accomplie par les agents du fisc. Cette aliénation est valable, comme nous l'avons vu, même si la chose qu'elle a pour objet a été indûment comprise dans la vente [3].

Conformément aux principes généraux du droit, la vente d'une chose sur laquelle le vendeur n'a qu'un droit de propriété conditionnel, est elle-même affectée de la même condition. D'autre part, si la chose est grevée d'un droit réel, ce droit continue à la grever entre les mains de l'acheteur comme auparavant entre celles du vendeur. Nous avons même vu que, dans le droit attique, à la différence de ce

(1) VI, 2 et s. Cf. Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 467.
(2) Cf. Anthes, p. 20 ; Guiraud, p. 265.
(3) V. *supra*, t. III, p. 31 et s.

qui a lieu en droit romain comme dans les législations modernes, l'hypothèque s'oppose à ce que le débiteur puisse aliéner la chose hypothéquée, l'aliénation n'étant alors valable qu'avec le consentement du créancier [1].

Peut-on aliéner un bien litigieux, c'est-à-dire conditionnellement et sous la réserve du jugement futur ? On a soutenu la négative, en se fondant sur un plaidoyer d'Isée [2]. On y voit, dit-on, qu'un Athénien, ayant une dette à payer, voulut vendre un de ses immeubles. Mais pour lui créer des embarras, un de ses ennemis revendiqua aussitôt une partie du champ, défendit à qui que ce fût de l'acheter, et par suite empêcha la vente. En vain objecterait-on que la défense fut signifiée uniquement à ceux qui comptaient se porter acquéreurs et que, si le vendeur ne vendit pas, ce fut parce qu'il ne trouva personne qui se souciât d'acheter un immeuble d'une possession si précaire. En effet, l'opposition faite à la vente eut manifestement pour effet de rendre le fonds provisoirement inaliénable [3]. On pourrait également invoquer en ce sens un argument d'analogie tiré des dispositions de la loi de Gortyne qui frappe d'indisponibilité, à côté de l'esclave donné en gage, l'esclave litigieux (ἄντρωπον ἀμπίμωλον) et déclare nul l'achat d'un tel esclave, « pourvu qu'il y ait déclaration de témoins » [4].

Nous doutons cependant que telle ait été la solution du droit attique. Le passage précité d'Isée n'a point, selon nous, la portée qu'on lui prête. Il s'y agit, ainsi que nous l'avons précédemment expliqué [5], de la défense faite aux amateurs d'un immeuble de l'acquérir, parce que cet immeuble était grevé d'une hypothèque au profit d'un mineur dont l'oppo-

(1) V. *supra*, t. III, p. 254.
(2) Isée, *De Menec. her.*, §§ 28-29.
(3) Guiraud, p. 266.
(4) Loi de Gortyne, X, 25-32. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 481 ; Bücheler et Zitelmann, p. 177.
(5) *Supra*, t. III, p. 254.

sant était vraisemblablement le cotuteur. L'aliénation ne porte donc point sur un bien litigieux, mais sur un bien dont l'aliénation ne peut s'effectuer sans le consentement du créancier hypothécaire. Quant à l'analogie de la loi de Gortyne, elle peut être détruite par le rapprochement des dispositions renfermées dans une inscription de Mylasa. On y voit qu'un nommé Iatroclès vend un domaine à Zeus Osogos, sous la réserve d'une portion faisant l'objet d'un procès entre lui et Mélanthios, πλὴν τῶν διαμφισβητουμένων πρὸς Μελάνθιον. Mais il est stipulé que si le procès est jugé en faveur de Iatroclès, la portion réservée deviendra également la propriété du dieu et qu'il en prendra possession comme de celle qui est actuellement vendue, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle vente. C'est du moins le sens que nous paraît avoir la clause suivante : ἐὰν δὲ κριθῇ καὶ τὰ διαμφισβητούμενα κατὰ Ἰατροκλῆν, ἔσονται καὶ ταῦτα ἐμβεβατευμένοι κατὰ τήνδε τὴν ἔμβασιν [1]. C'est donc que la vente d'un bien litigieux était permise, sous la réserve du jugement futur [2].

B. — *Du prix.*

Le principe de la loi romaine que *nulla emptio sine pretio esse potest* [3], est également vrai dans le droit attique. L'absence de prix payé par l'acquéreur aurait pour effet de transformer le contrat en une donation. Mais alors quels caractères le prix doit-il présenter pour former le second élément essentiel de toute vente ?

Une première condition, exigée par la loi romaine, c'est

(1) Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, n° 415. Cf. Anthes, p. 29.

(2) On pourrait également alléguer en ce sens l'inscription de Ténos où l'on voit une femme acheter un μετέωρον οἴκημα, si l'on entend, avec Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 103), par le mot μετέωρον un droit incertain et litigieux. V. *supra*, t. III, p. 75, note 4.

(3) Inst., § 1, *De empt et vend*, III, 23.

que le prix de vente doit consister en munéraire, *in numerata pecunia* [1]. Ce principe ne prévalut toutefois, ainsi que nous l'apprend Justinien, qu'après une longue controverse entre les Proculiens et les Sabiniens. Ceux-ci voulaient qu'une chose quelconque, par exemple un fonds de terre ou un esclave, pût faire fonction de prix : en d'autres termes, ils faisaient rentrer dans la vente le contrat que l'on nomme plus spécialement échange. Le principal argument des Sabiniens consistait à dire que l'échange avait été la forme la plus ancienne de la vente, chacun, à l'origine, échangeant les produits qu'il avait en surabondance contre d'autres produits qui lui manquaient. Ils se prévalaient précisément d'un passage d'Homère où il est dit que l'armée des Achéens se procurait du vin en échange de certaines autres choses :

> Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
> Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
> Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ'αὐτοῖσι βόεσσιν,
> Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι [2].

Plus tard, quand on reconnut les inconvénients de l'échange direct des produits, on imagina de choisir une marchandise dont la valeur servît à mesurer celle de toutes les autres et qui pût en toute circonstance s'échanger contre une marchandise quelconque : ce fut le rôle de la monnaie, des métaux précieux. Aristote aussi a parfaitement indiqué cette évolution économique [3] qui devait aboutir à l'institution de la vente, c'est-à-dire d'un échange dans lequel l'un des deux objets consiste en monnaie. Il n'y a au fond, comme le disaient les Sabiniens, aucune différence naturelle entre la vente et l'échange. Les raisons pour lesquelles les

(1) Inst., § 2, *ibid.*
(2) *Iliade*, VII, v. 472 à 475.
(3) Aristote, *Politique*, I, 3, § 11 s. Cf. Büchsenschütz, p. 465.

jurisconsultes romains sont arrivés à soumettre chacun de ces contrats à des règles bien différentes ne paraissent pas avoir été admises dans le droit attique. Les rares renseignements que nous possédons sur l'échange nous montrent, au contraire, que ce contrat y était assimilé à la vente [1]. La conclusion est donc que dans la vente il n'y a pas à se préoccuper de la nature de l'objet constituant le prix. Si celui-ci ne consiste pas en numéraire, il y aura seulement deux ventes combinées dans une même opération juridique, et chacune des parties cumulera à la fois les droits et les obligations de vendeur et d'acheteur [2].

La loi romaine veut que le prix soit sérieux, *verum*, c'est-à-dire que le vendeur soit dans l'intention de l'exiger et l'acheteur de le payer. Il faut dire également qu'à Athènes, bien que nous ne possédions pas de texte à ce sujet, si cette intention des parties fait défaut et si le prix est fictif ou simulé, l'opération tombe dans la classe des donations et se trouve soumise aux règles spéciales de ce dernier contrat. La question est loin, du reste, de présenter le même intérêt qu'en droit romain.

Faut-il enfin que le prix soit juste, c'est-à-dire corresponde, sinon exactement à la valeur courante de la chose, du moins à une certaine valeur raisonnable ? La question est, en d'autres termes, de savoir si la vente est rescindable pour cause de lésion. A Rome, la législation classique avait résolu la question négativement, et c'est seulement un

(1) Cf. Démosthène, *C. Callicl.*, § 32 : κἂν μὲν ἐγὼ τῶν χωρίων ἀποστῶ τούτοις ἀποδόμενος ἢ πρὸς ἕτερα χωρία ἀλλαξάμενος κτλ. — L'échange peut consister dans le change proprement dit, *permutatio nummi cum nummo*. Cette opération était connue des Grecs qui la désignaient par les expresssions : νομίσματος ἀλλαγή ou κόλλυβος. Pollux (III, 84) dit a ce sujet : ἀργυρίου ἀλλαγή, ὁ καλούμενος κόλλυβος. Cette opération était même si fréquente que l'on designait les banquiers qui la pratiquaient par le mot κολλυβισταί. Cf. Caillemer, *Lettre de change*, p. 7-9.

(2) Cf. en ce sens : Mayer, t. II, p. 219 : Platner, *Process*, t. II, p. 341 ; Hermann-Thalheim, p. 84, note 3.

rescrit de Dioclétien [1] qui admit la rescision de la vente pour lésion de plus de moitié en faveur du vendeur seulement. Le motif de cette innovation, d'ailleurs fort sujette à critique en ce qu'elle viole l'autorité de la convention, c'est que le vendeur a probablement aliéné ses biens sous la pression du besoin.

Le droit attique est-il également venu au secours du vendeur et a-t-il admis à son profit la rescision de la vente pour cause de lésion ? Un auteur [2] a enseigné l'affirmative en se fondant sur le plaidoyer de Démosthène entre Panténète. On y voit les créanciers de ce dernier, agissant au nom de leur débiteur et exerçant ses droits, intenter une action contre Nicobule qui avait acheté une usine appartenant à leur débiteur. Ils fondent leur action sur les conditions par trop avantageuses qui avaient été faites à l'acquéreur, αἰτιώμενοι πολλῷ πλείονος ἄξι' ἔχειν ὧν ἐδεδώκειμεν χρήματων [3]. C'est qu'en effet Nicobule et son consort Evergos avaient acheté pour une somme de 105 mines une usine et trente esclaves qui furent plus tard revendus 200 mines. Bien que la lésion fût ici inférieure à la moitié du prix de vente ultérieur, l'action des créanciers parut sans doute bien fondée à Nicobule, car il renonça immédiatement à la vente sous la condition que le prix qu'il avait payé lui serait restitué, et il décida Evergos à suivre son exemple : ἀκούσας δ'ἐγὼ παραχρῆμα, οὐδὲ βουλευσάμενος κομίσασθαι συνεχώρησα, καὶ τὸν Εὔεργον ἔπεισα [4]. On ajoute, dans cette opinion, que l'acquéreur qui a acheté à vil prix a toutefois le choix entre deux partis, ou bien de rendre la chose en retirant le prix, ou bien de la garder en payant un supplément de prix. C'est ce droit d'option que les créanciers rappelaient à Nicobule et à Evergos dans les notifications qu'ils leur adressaient : προκαλοῦνται πρόκλησιν ἡμᾶς ὡς οὐ

(1) L. 2, C. *De rescind. vend.*, IV, 44.

(2) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 32.

(3) Démosthène., *C. Pantaen.*, § 12.

(4) *Ibid.*, § 13.

δεξομένους ἢ κομίσασθαι πάντα τὰ χρήματα παρ' αὐτῶν καὶ ἀπελθεῖν ἢ διαλῦσαι σφᾶς ὑπὲρ ὧν ἐνεκάλουν [1].

Cette opinion repose, à notre avis, sur une fausse appréciation des faits dont il est question dans le discours contre Panténète et dont nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de nous occuper à propos des hypothèques [2]. Ainsi que nous l'avons vu, Nicobule et Evergos, prêtant de l'argent à Panténète, se font consentir par ce dernier une πρᾶσις ἐπὶ λύσει d'une usine et d'esclaves déjà engagés de la même manière à Mnésiclès, mais ils laissent l'immeuble entre les mains de Panténète à titre de locataire, moyennant le payement par ce dernier des intérêts de la somme prêtée. Plus tard, d'autres personnes, voyant l'immeuble toujours possédé par Panténète et croyant que celui-ci en est encore propriétaire, font de nouveaux prêts à Panténète sur ce même gage, et lorsque Nicobule et Evergos veulent user de leurs droits, ils se heurtent à l'opposition de ces prêteurs ultérieurs arguant de leur hypothèque. La raison sur laquelle ces derniers se fondent pour empêcher Nicobule et Evergos d'user des droits que leur conférait la πρᾶσις ἐπὶ λύσει, est tirée non point de la vilité du prix de cette vente, mais bien de ce que les opposants ont eux-mêmes prêté de l'argent à Panténète sur ce même immeuble. En conséquence, dit l'orateur : « Ils (les opposants) nous donnèrent le choix ou de déguerpir en recevant d'eux tout ce qui nous était dû, ou de leur payer les sommes qu'ils réclamaient. » Et alors, pour prouver à Nicobule et à Evergos que leur intérêt était de prendre ce dernier parti, ils ajoutent : « La valeur de la propriété dont nous étions détenteurs (c'est Nicobule qui parle) était bien supérieure au montant de nos avances [3]. » En définitive, l'achat (ἐπὶ λύσει) fait par Nicobule et Evergos n'a donc nullement été attaqué pour cause de lésion, mais uni-

(1) *Ibid.*, § 12.
(2) V. *supra*, t. III, p. 242.
(3) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 256.

quement comme fait en fraude des droits d'autres créanciers. La théorie de la rescision de la vente pour cause de lésion manque donc absolument de base dans le droit attique, jusqu'à présent du moins [1].

Caillemer [2], qui a soutenu cette théorie, y apporte toutefois une exception pour le cas de vente consentie par l'Etat, et cela comme conséquence de la loi d'après laquelle nulle action en justice n'était admise contre les ventes faites par le Trésor public [3]. Nous avons, du reste, précédemment observé que les δημιόπρατα ou biens confisqués s'adjugeaient le plus souvent à vil prix, en raison des dangers d'éviction auxquels étaient exposés les acquéreurs.

§ III. — Effets de la vente.

La vente, dans le droit romain, comme d'aillurs dans notre ancienne jurisprudence française, crée seulement des obligations à la charge des parties contractantes, pour le vendeur, l'obligation de livrer la chose vendue, pour l'acheteur, celle de payer le prix convenu. Le transfert de la propriété, qui est cependant le but final du contrat, ne s'opère que par l'effet d'un acte distinct et postérieur à la vente, c'est-à-dire par la tradition effectuée en exécution de l'obligation de livrer. A Athènes, au contraire, du moins dans la théorie que nous avons précédemment admise [4], le contrat de vente entraîne, par le seul fait de sa conclusion, translation de la propriété *inter partes*, et c'est seulement en ce qui concerne le transfert de la propriété à l'égard des tiers que la loi prescrit l'observation de certaines formalités. Nous avons, en conséquence, dans l'étude des effets de la vente, à distinguer,

(1) Cf. en ce sens Guiraud, p. 275 ; Hermann-Thalheim, p. 90, note 2.
(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 33.
(3) V. *supra*, t. III, p. 31.
(4) *Supra*, t. III, p. 115 et s.

d'une part, ce qui a trait à la translation de la propriété, et d'autre part, ce qui concerne les obligations respectives des parties.

A. — *Transfert de la propriété.*

Sans revenir sur le principe que nous avons antérieurement établi, nous avons maintenant à préciser les conditions de son application et à voir les conséquences qu'il entraîne.

Le transfert de la propriété, du moins dans les rapports du vendeur à l'acheteur, n'est point subordonné, ainsi que nous l'avons établi, à l'accomplissement des diverses formalités de publicité prescrites par les lois locales [1]. Le texte de Théophraste qui paraît, au premier abord, favoriser l'opinion contraire, ne subordonne en réalité l'effet translatif à l'accomplissement de ces formalités que dans les rapports des parties avec les tiers. Mais ce même texte exige, pour le déplacement de la propriété *inter partes*, que l'acheteur ait payé son prix : κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ. C'est à cette même règle que fait allusion, selon nous, cette autre phrase où Théophraste s'exprime ainsi : πότερον δὲ ἕως ἂν κομίσηται κύριον (le vendeur) εἶναι τοῦ κτήματος, ajoutant que tel est le droit commun de la Grèce : οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν [2]. Un document de Chalcédoine renferme une application spéciale de cette règle. On y voit le vendeur d'un sacerdoce déclarer que l'acquéreur n'entrera en fonctions que le jour où il aura payé la totalité de son prix [3].

Le droit grec offre ainsi sur ce point une ressemblance

(1) *Supra*, t. III, p. 112 et s.
(2) *Supra*, t. III, p. 114.
(3) Dittenberg, *Sylloge*, 369 : ἐπεὶ δὲ κα τὰν τιμὰν πᾶσαν καταβάλῃ, ἀντιθη-σεῖται.

parfaite avec le droit romain, où la loi des Douze-Tables avait déjà décidé, au témoignage de Justinien, que « venditæ res et traditæ non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori pretium solverit » [1]. A Athènes, comme à Rome, cette suspension du transfert de la propriété jusqu'au paiement du prix s'explique en vertu d'une convention tacite par laquelle le vendeur est censé se réserver la propriété jusqu'à l'entier accomplissement de l'obligation contractée par l'acheteur. Il n'y a là, de l'avis général, qu'une interprétation raisonnable de la volonté du vendeur. Certains jurisconsultes présentent néanmoins la règle en question comme une véritable singularité, contraire aux principes du droit. Partant en conséquence de cette idée que les décemvirs, en insérant cette règle dans la loi des Douze-Tables, l'auraient, d'après Justinien, empruntée au *jus gentium* [2], ils en concluent que ce ce droit des gens est le droit commun des cités grecques établies non seulement dans la Grèce proprement dite mais encore dans tout le sud de l'Italie, et dont parle Théophraste en disant : οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν [3].

Le vendeur peut, bien que n'ayant pas reçu la totalité du prix, faire délivrance à l'acheteur de la chose vendue [4]. Mais alors, en principe, il est entendu que si l'acheteur ne paie pas, il devra restituer la chose. Ne se peut-il point cependant que la propriété de la chose soit transférée à l'acheteur avant le paiement intégral du prix ? Le droit romain assimilait au payement du prix la dation d'un gage ou d'un fidéjusseur [5]. On a enseigné que le droit attique, au contraire, exigeait impérieusement un paiement réel, ὅταν ἡ τιμὴ

(1) Inst., § 41, *De rer. divis.*, II, 1.

(2) Inst., *loc. cit.* : Quod cavetur quidem etiam lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium id effici.

(3) Hofmann, p. 44 et s. Cf. Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, p. 343.

(4) Cf. Démosthène, *C. Spud.*, § 8.

(5) *Instit.*, *loc. cit.* : veluti expromissore aut pignore dato.

δοθῇ [1]. Mais à notre avis, cette interprétation ne résulte point nécessairement du texte de Théophraste et elle se trouve en opposition avec d'autres documents. Théophraste, dans le fragment très concis qui nous a été conservé, a très bien pu n'envisager que le cas ordinaire [2], sans indiquer ceux où, par exception, le vendeur consent à la translation immédiate de la propriété, bien que n'étant pas payé, du moment qu'il reçoit une sûreté suffisante pour garantir le paiement du prix. Si, d'autre part, nous nous référons au texte précité de Démosthène, nous y voyons que Polyeucte, en mourant, a réclamé à Spoudias deux mines représentant le prix d'un esclave que Spoudias lui avait acheté mais qu'il n'avait pas payé. Or Démosthène ne semble supposer en aucune façon que Polyeucte ait eu le droit de réclamer l'esclave lui-même. C'est donc qu'il avait suivi la foi de Spoudias et consenti au transfert immédiat de la propriété. Il est enfin des documents épigraphiques qui nous montrent l'acheteur devenu propriétaire avant d'avoir payé son prix. Le registre des ventes immobilières de Ténos nous signale d'abord une acquisition de terrains sis à Casménéion par une femme nommée Aristonoé et pour une somme de 4950 drachmes, « somme de laquelle le vendeur Chærelas était resté débiteur envers Aristonoé pour l'achat de ces mêmes terrains [3]. » Chærelas avait donc acquis par un acte antérieur ces terrains sans en payer le prix. Mais, pour qu'il puisse ensuite les revendre à Aristonoé, il faut qu'il en soit devenu lui-même propriétaire. On a expliqué ce cas en disant qu'à Ténos la règle posée par Théophraste ne s'ap-

(1) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 644.

(2) Certains jurisconsultes ont soutenu que la disposition de la loi des XII Tables, empruntée suivant eux au droit grec, n'avait également admis le déplacement de la propriété que moyennant le payement effectif du prix. C'est la jurisprudence qui aurait assimilé ultérieurement à ce payement la dation d'un gage ou d'une caution. Hofmann, p. 49 et 68 ; Exner, *loc. cit.*, p. 348-354.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 80, § 34.

pliquait point [1]. Cette interprétation est, sans doute, très admissible, attendu que la règle en question exprime seulement le droit commun, οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν. Mais une autre explication est également possible. On peut voir dans cette revente consentie par Chærelas à Aristonoé une constitution d'hypothèque sous la forme spéciale d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει. L'hypothèque, en d'autres termes, garantit ce que nous appelons aujourd'hui le privilège du vendeur [2]. L'acheteur devient propriétaire même avant d'avoir acquitté l'intégralité de son prix; seulement l'objet vendu reste provisoirement affecté à la garantie du vendeur. C'est la même solution que consacre, avec plus d'évidence encore, une inscription de Chéronée. Un nommé Harméas a acheté de Soson une maison dont il n'a pas encore payé le prix. Or le texte nous dit qu'Herméas en a la propriété, ἔχει τὴν κτῆσιν, mais que la maison sert de gage à Soson pour le prix qui lui est dû, δάνειον ἐπὶ τῇ οἰκίᾳ [3]. Il est enfin un ὅρος hypothécaire de l'Attique relatant une inscription faite pour sûreté d'un prix de vente de deux mille drachmes [4]. C'est donc que le vendeur avait cessé d'être propriétaire pour devenir simplement créancier de l'acheteur, car on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose [5]. Si l'acheteur devient ainsi propriétaire lorsqu'il fournit à son vendeur un gage suffisant sur la chose même qui forme l'objet de la vente, on ne voit pas pourquoi la translation de propriété ne pourrait pas également s'opérer lorsqu'il procure à son vendeur une autre garantie que celui-ci accepte [6].

(1) Hitzig, p. 36.

(2) V. *supra*, t. III, p. 197.

(3) *Corp. inscr. Græc. sept.*, I, n° 3376.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, n° 61, et *Corp. inscr. att.*, II, 1134. V. *supra*, t. III, p. 197, note 5.

(5) Devant ce document Caillemer (*Contrat de vente*, p. 30) a été obligé de revenir sur sa première opinion et de reconnaître que le vendeur qui suivait la foi de l'acquéreur cessait d'être propriétaire.

(6) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 715.

La question des risques dans la vente est souvent présentée comme ayant une étroite corrélation avec le transfert de la propriété. Pour que cette question se pose, il faut supposer que la vente a pour objet un corps certain, et qu'avant la délivrance il survient un cas fortuit qui détruit la chose en tout ou en partie ou simplement la détériore. La délivrance devenant alors impossible, ou du moins ne pouvant plus porter que sur une valeur inférieure à la valeur vendue, il s'agit de savoir si l'obligation de l'acheteur de payer son prix n'en sera pas éteinte ou diminuée, les risques étant par suite pour le vendeur, ou si elle subsistera intégralement, les risques tombant à la charge de l'acheteur. Le droit romain [1] avait admis la seconde solution : « Quum emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit... [2]. » Certains anciens jurisconsultes ont enseigné que la règle romaine n'était pas reçue dans le droit grec, et qu'au contraire les risques étaient à la charge du vendeur. Ils invoquent en ce sens l'autorité du *Traité des lois* de Théophraste cité par Stobée [3]. Mais il est impossible de trouver dans ce fragment aucune disposition ayant trait directement ou indirectement à la charge des risques [4].

(1) Nous faisons abstraction de l'hypothèse où la vente était conditionnelle et nous supposons, à Rome comme à Athènes, une vente pure et simple.

(2) Inst., § 3, *De empt. et vend.*, III, 23.

(3) Grotius, *De jure belli et pacis*, liv. II, c. 12, § 15, après avoir cité la règle romaine, ajoute : « Quod nec ubique observatur : imo plerisque legum conditoribus placuisse ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit », et il s'appuie sur « Theophrastus *in loco* qui apud Stobæum est. » Cf. J. Marquard, *Tractatus de jure mercat. et comm.* (1662), p. 283.

(4) Ainsi que l'observe Caillemer (*Contrat de vente*, p. 645), « Grotius a cédé sans doute à l'influence de ses doctrines philosophiques. L'illustre publiciste enseignait, en effet, que, d'après le droit naturel, l'acheteur ne peut être raisonnablement exposé à courir les risques de la perte fortuite de la chose que lorsqu'il en a été rendu propriétaire. Il était donc partisan de la maxime : res perit domino. Et comme il voyait Théophraste déclarer que, jusqu'au payement du prix, la propriété n'était pas encore déplacée chez les Grecs, il en

Il faut donc résoudre la question d'après les principes généraux et l'on est ainsi amené à déclarer applicable dans le droit grec la règle admise à Rome, car cette règle est fort équitable et tout à fait conforme à la volonté probable des parties. Il est certain, en effet, que si postérieurement à la conclusion du contrat de vente l'objet vendu s'enrichissait d'une plus value fortuite, quelque considérable qu'elle fût, l'acheteur pourrait en réclamer la tradition sans être tenu pour cela de payer un supplément de prix. Il est donc juste que par réciprocité on lui impose la charge des risques. D'autre part, ainsi que l'observe Accarias en justifiant la règle romaine : « Chacune des parties ne s'oblige sans doute qu'autant que l'autre s'oblige aussi, et le contrat ne se forme pas d'un côté sans se former de l'autre. Mais une fois qu'il est parfait, les deux obligations sont dans un état d'indépendance réciproque ; celle du vendeur, qui a pour objet un corps certain, peut s'éteindre ou s'altérer sans que celle de l'acheteur, qui a pour objet une quantité, en subisse la moindre modification » [1].

Les explications que nous venons de donner commandent d'appliquer la règle qui met les risques à la charge de l'acheteur non seulement dans le cas où la propriété est immédiatement déplacée par le payement comptant du prix, mais encore dans celui où le transfert de la propriété est suspendu jusqu'au payement. Les raisons de mettre les risques à la charge de l'acheteur sont les mêmes dans tous les cas [2]. La question des risques n'est donc point subordonnée,

concluait que les risques, jusqu'à cette époque, devaient être pour le vendeur. Mais il prêtait, sans motifs suffisants, à Théophraste une opinion que celui-ci n'avait pas exprimée. »

(1) Accarias, t. 2, n° 612.

(2) Cf. en ce sens : Hofmann, p. 61 ; Caillemer, *Contrat de vente*, p. 644 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 715, note 672 ; Hermann-Thalheim, p. 87, note 6. Hofmann attribue même une origine grecque à la règle romaine relative au periculum merce nondum tradita. Cette règle, suivant lui, devait se trouver

dans le droit grec, au déplacement de la propriété. Si celle-ci est aussitôt transférée, on peut dire que l'acheteur supporte les risques par application de l'adage *res perit domino ;* si le transfert est suspendu, il les supporte conformément à cet autre adage *res perit creditori.*

Par contre, ainsi que nous l'avons observé incidemment, l'acheteur profite de toutes les augmentations survenues à la chose dans l'intervalle entre la vente et la délivrance [1]. Tel serait le cas ou le fonds vendu viendrait à s'accroître par l'effet de l'alluvion [2].

B. — *Obligations des parties.*

(*a*) *Obligations de l'acheteur.*

La principale obligation de l'acheteur consiste à payer le prix convenu. Il va de soi que cette obligation est sanctionnée par la loi et que le vendeur non payé peut agir en justice pour contraindre l'acheteur à s'acquitter. Cette règle, qui était admise dans le droit attique, et qui paraît conforme au but même de la vente, n'avait point cependant été reçue dans tout le droit grec et, comme nous l'apprend Théophraste, certains législateurs de l'antiquité avaient consacré dans leurs codes une solution diamétralement opposée. Charondas notamment exigeait que le payement fût effectué au moment même où le vendeur faisait délivrance de la chose, et il refusait toute action au vendeur qui, ayant fait crédit à l'acheteur, voulait ensuite le contraindre à remplir ses engagements. Le vendeur, disait Charondas, s'était rendu coupable d'une faute ou au moins d'une grave imprudence

dans la loi des XII Tables et avait probablement été empruntée par les decemvirs au droit commun de la Grèce.

(3) Caillemer, *loc. cit.*

(4) Cf. Inst., *loc. cit. :* Sed et si postemptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet ; nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

et il devait, en conséquence, porter la responsabilité d'un préjudice qui était son œuvre personnelle [1]. » C'est probablement aux villes régies par la législation rigoureuse de Charondas que fait allusion Aristote lorsqu'il parle de quelques lois qui n'accordaient pas d'action à ceux qui avaient contracté volontairement avec d'autres, par ce motif, dit-il, « qu'il appartient à celle des parties dont l'autre a suivi la foi de décider souverainement à quelles conditions le contrat a été formé » [2]. Platon adopte enfin ce même système dans sa république idéale. Il veut que toute vente se fasse au comptant dans l'agora et, sans prononcer la nullité des ventes à crédit, il décide qu'elles ne pourront donner lieu à aucune action en justice [3]. Charondas et Platon, qui connaissaient la mauvaise foi proverbiale de leurs compatriotes, se proposaient ainsi de tarir une source abondante de procès. En tout cas, leur système n'avait point été adopté par le législateur athénien [4], et l'on rencontre dans les textes plusieurs cas de ventes faites à crédit qui sont présentées comme parfaitement obligatoires pour l'acheteur [5].

(1) Théophraste, § 7, *in* Stobée, XLIV, 22 : ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων ; οὗτοι γὰρ παραχρῆμα κελεύουσι διδόναι καὶ λαμβάνειν, ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ, μὴ εἶναι δίκην. αὐτὸν γὰρ αἴτιον εἶναι τῆς ἀδικίας.

(2) Aristote, *Eth. Nicom.*, IX, I, p. 1164 b : ἐνιαχοῦ εἰσι νόμοι τῶν ἑκουσίων συμβολαίων δίκας μὴ εἶναι, ὡς δέον ᾧ ἐπίστευσε διαλυθῆναι πρὸς τοῦτον καθάπερ ἐκοινώνησε.

(3) Platon, *Leges*, XI, 915, d : ὅσα δὲ διά τινος ὠνῆς ἢ καὶ πράσεως ἀλλάττεται τις ἕτερος ἄλλῳ, διδόντα ἐν χώρᾳ τῇ τεταγμένῃ ἑκάστοις κατ' ἀγορὰν καὶ δεχόμενον ἐν τῷ παραχρῆμα τιμὴν οὕτως ἀλλάττεσθαι, ἄλλοθι δὲ μηδαμοῦ μηδ' ἐπ' ἀναβολῇ πρᾶσιν μηδὲ ὠνὴν ποιεῖσθαι μηδενός· ἐὰν δὲ ἄλλως ἢ ἐν ἄλλοις τόποις ὁτιοῦν ἀνθ' ὁτουοῦν διαμείβηται ἕτερος ἄλλῳ πιστεύων πρὸς ὃν ἂν ἀλλάττηται, ποιείτω ταῦτα ὡς οὐκ οὐσῶν δικῶν κατὰ νόμον.

(4) Platner, *Process*, II, p. 341 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 713; Caillemer, *Contrat de vente*, p. 29-30.

(5) Cf. Lycurgue, *C. Leocrat.*, § 23 ; Démosthène, *C. Spud.*, § 8. On a cité également l'exemple d'Eschine le Socratique contre lequel Lysias avait composé un plaidoyer dont Athénée (XIII, 611, D) nous a conservé quelques fragments, et où se trouve notamment le passage suivant : οὐχ οἱ μὲν κάπηλοι οἱ ἐγγὺς οἰκοῦντες, παρ' ὧν προδόσεις λαμβάνων οὐκ ἀποδίδωσι. Eschine, dit-on, était ainsi poursuivi par des marchands qui lui avaient vendu du vin sans exiger un

Le vendeur qui, à Athènes, faisait crédit à l'acheteur, avait donc une action en justice pour contraindre celui-ci à payer son prix. Il restait, d'autre part, propriétaire de la chose vendue jusqu'au payement intégral de ce prix, à moins toutefois que, recevant de l'acheteur une sûreté suffisante, il n'eût consenti au transfert immédiat de la propriété [1]. Cette sûreté pouvait, comme nous l'avons dit, consister dans une hypothèque sur la chose même qui avait fait l'objet de la vente et, en ce cas, la situation du vendeur était presque aussi bonne que si la propriété de cette chose était demeurée sur sa tête. En effet, comme créancier hypothécaire, il pouvait, faute de payement au terme convenu, se mettre immédiatement en possession du gage par voie d'ἐμβατεύσεως [2]. Que si le vendeur avait consenti à la translation immédiate de la propriété moyennant une autre garantie fournie par l'acheteur, par exemple une caution, il ne semble pas qu'il ait eu de plein droit un privilège sur la chose vendue, car le droit attique ne connaît pas d'hypothèque existant par la seule force de la loi [3].

Outre l'obligation principale de payer le prix de vente, l'acheteur peut-il être tenu de plusieurs obligations accessoires ayant pour fondement l'équité et la bonne foi ? Le droit romain en connaissait plusieurs de cette espèce [4], notamment celle en vertu de laquelle l'acheteur devait de plein droit, à partir de la tradition, payer les intérêts de son prix non payé comme compensation de la jouissance de la chose [5]. Cette règle a-t-elle été consacrée par le droit atti-

payement immédiat. Cf. Platner et Caillemer, *loc. cit.* Mais peut-être s'agit-il plutôt dans ce texte d'avances qu'Eschine s'était fait consentir par ces marchands. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 713, note 666.

(1) V. *supra*, p. 120-121.

(2) V. *supra*, t. III, p. 262.

(3) V. *supra*, t. III, p. 238.

(4) V. Accarias, t. 2, n° 611.

(5) L. 13, § 20, D. *De act. empti et vend.*, XIX, 1.

que ? On admet généralement l'affirmative [1] en se fondant sur un texte de Démosthène où l'orateur nous dit que Polyeucte, en mourant, réclama à Spoudias deux mines représentant le prix d'un esclave qu'il lui avait vendu à crédit, plus les intérêts de cette somme [2]. Toutefois rien n'indique dans le plaidoyer si ces intérêts étaient dus de plein droit ou seulement en vertu d'une stipulation formelle du contrat [3]. L'inscription attique [4] qui mentionne une hypothèque concédée au vendeur sur la chose vendue en garantie du paiement du prix, ne parle que du capital et non des intérêts.

L'exécution des obligations de l'acheteur peut être garantie par des cautions dont l'obligation est plus ou moins étendue suivant les termes du contrat, c'est-à-dire que, de même que l'obligation des cautions fournies par le vendeur [5], celle des cautions données par l'acheteur peut être simplement conjointe ou solidaire [6].

Outre ses obligations envers le vendeur, l'acheteur est tenu d'une obligation spéciale envers le fisc, à savoir de payer un droit de mutation dont la perception donne lieu, comme nous l'avons vu, à l'enregistrement de la vente, formalité qui rappelle, mais d'assez loin, notre transcription moderne [7]. Théophraste appelle cet impôt ἑκατοστή [8]. Aristo-

(1) Platner, *Process*, t. 2, p. 341 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 31 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 715 ; Hermann-Thalheim, p. 119, note 1.

(2) Démosthène, *C. Spud.*, § 8.

(3) Caillemer (*loc. cit.*), enseigne que les intérêts, dus de plein droit, étaient vraisemblablement calculés en taux habituel de un pour cent par mois, à défaut de convention contraire.

(4) *Corp. inscr. att.*, II, 1134 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, n° 61.

(5) V. *infra*, p. 138.

(6) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 31. Cet auteur voit des cautions fournies par l'acheteur dans les πρατῆρες mentionnés par le registre des ventes de Ténos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 84 et s.). Mais ce sont, au contraire, comme nous le verrons, des garants du vendeur.

(7) V. *supra*, t. III, p. 336.

(8) V. *supra*, *ibid.*

phane [1] signale, en conséquence, τὰς πολλὰς ἑκατοστὰς comme une source des revenus publics. Les grammairiens appellent ἐπώνιον cet impôt perçu sur les ventes [2], et ce mot est, du reste, bien adéquat à ce qu'il désigne. L'acheteur de biens vendus par le fisc est soumis à la même obligation de payer l'ἐπώνιον [3]. Des inscriptions renfermant un inventaire des biens confisqués et vendus à la suite du procès des Hermocopides [4] (415 av. J.-C.) indiquent à la fois le prix des ventes et le montant des droits payés par l'acheteur à titre d'ἐπώνιον. On y voit que ces droits n'étaient pas exactement proportionnels au prix de vente, mais étaient gradués. Ainsi, pour un objet de 1 à 5 drachmes, l'acheteur payait uniformément une obole, de 5 à 49 drachmes, 3 oboles et de 50 à 500 drachmes, une drachme. Une inscription du commencement du IVe siècle [5] montre qu'à cette époque le droit exigé des acquéreurs de biens vendus par l'État fut doublé, formant ainsi une πεντηκοστή. Mais il y a lieu de croire que dans la seconde moitié du IVe siècle l'ἐπώνιον fut réduit à son taux primitif de un pour cent, car les grammairiens présentent ce mot comme synonyme d'ἑκατοστή. Quels sont maintenant précisément les rapports de l'ἑκατοστή mentionnée par Théophraste avec l'ἐπώνιον? Ces deux impôts sont-ils identiques? C'est une question assez délicate, que nous serions porté à résoudre affirmativement, mais que, nous ne voulons pas examiner ici, car elle touche au droit fiscal plutôt qu au droit privé [6].

(1) Aristophane, *Vesp.*, 658.

(2) Pollux, VIII, 15 : τὰ δὲ καταβαλλόμενα ὑπὲρ τῶν πιπρασκομένων τέλη, ἐπώνια λέγουσιν. Lexic. Seguer. (Bekker), 255 : ἐπώνια μὲν τὰ ἐπὶ τῇ ὠνῇ προσκαταβαλλόμενα, ὥσπερ ἑκατοσταί τινες.

(3) V. *supra*, t. III, p. 721.

(4) *Corp. inscr. att.*, I, 274-281.

(5) *Corp. insc. att.*, II, 777.

(6) V. sur cette question : Koehler *Monatsber. d. Berl. Akad.*, 1865, p. 543 ; Bœckh, t. I, p. 395, 440, 696 et s. ; Thumser, *De civ. Athen. mun.*, p. 7 et s. ; Gilbert, I, p. 393. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Demioprat*[illegible].

(*b*) *Obligations du vendeur.*

Notre loi française impose au vendeur deux obligations principales, qui dérivent d'ailleurs naturellement du but même de la vente, à savoir l'obligation de délivrer la chose vendue et celle de la garantir. L'obligation de délivrance et celle de garantie existent également dans le droit attique, seulement nous aurons à examiner si elles sont à la charge de la même personne, du vendeur.

1° *Obligation de livrer.*

L'obligation de livrer consiste dans la remise de la possession de la chose. Cette remise de possession n'est point nécessairement accompagnée d'une solennité quelconque. Si, comme nous l'avons vu, certains textes font mention d'une ἔμβασις, ces textes, qui sont du reste étrangers au droit attique, se réfèrent probablement à des cas exceptionnels [1].

Le vendeur doit livrer tout ce qu'il a promis, et s'il livre moins, l'acheteur peut certainement lui réclamer le surplus. Le vendeur doit, d'autre part, livrer avec la chose vendue tous les accessoires, c'est-à-dire les objets qui, quoique non exprimés dans le contrat, s'y trouvent tacitement compris d'après l'intention des parties, ou, si cette intention n'apparaît pas, d'après les usages. On peut toutefois douter, à cet égard, que certains objets, envisagés aujourd'hui comme accessoires obligés de la chose vendue, aient été considérés comme tels dans le droit grec. Ainsi dans le registre des

p. 65-66 ; Anthes, p. 44-45. En dehors de l'Attique on rencontre également des documents relatifs au paiement d'un droit de mutation par l'acheteur. Ce droit, qui était, en général, de 1 pour 100, pouvait quelquefois s'élever jusqu'à 30 pour 0/0 (Dittenberger, *Sylloge*, n° 97, l. 5 et n° 369, l. 18) et même jusqu'à 50 pour 0/0 (*ibid.*, n° 370). Cf. Anthes, p. 45-46 ; Guiraud, p. 269 ; Hermann-Thalheim, p. 86, note 1.

(1) V. *supra*, t. III, p. 278.

ventes immobilières de Ténos, il est dit plusieurs fois à propos de maisons qu'elles sont vendues avec les portes ou croisées qui les garnissent [1]. Peut-être qu'eu égard aux prix qu'avaient dans l'antiquité tous ces ouvrages de menuiserie, ceux-ci n'étaient-ils pas compris de plein droit dans la vente à titre d'accessoires, et fallait-il une clause spéciale pour que le vendeur fût tenu de les livrer avec la maison.

L'obligation de livrer comprend enfin celle de remettre à l'acheteur tous les fruits que la chose vendue a pu donner à partir du jour où la tradition devait en être effectuée [2], car les fruits sont, comme nous l'avons vu, un accessoire de la chose [3].

On a enseigné que lorsque le vendeur, après la perfection du contrat, refuse de délivrer à l'acheteur la chose vendue, soit parce qu'il regrette de s'être dépouillé de sa propriété, soit parce qu'il trouve un autre acquéreur lui offrant des conditions plus avantageuses, soit même parce que des tiers s'opposent à l'exécution du contrat, l'acquéreur peut intenter contre lui la δίκη βεβαιώσεως afin d'obtenir la tradition de la chose vendue. Cette δίκη correspondrait ainsi à notre action en délivrance [4]. Mais cette proposition, qui ne repose que sur une notice assez incertaine d'un grammairien [5], nous paraît contestable [6]. L'acheteur a, en tout cas, une action pour contraindre le vendeur à remplir son obligation de délivrance, action qui est vraisemblablement la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως.

2°. *Obligation de garantir.*

La garantie a, dans le droit attique comme dans le droit

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 70 et s., nos 15, 19, 25.
(2) Cf. Paul, *Sent.*, II, 17, § 7.
(3) V. *supra*, t. III, p. 49.
(4) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Bebaioseos dike*.
(5) Harpocration, vo βεβαιώσεως.
(6) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § 1, Des arrhes.

romain, un double objet. Le vendeur doit, en premier lieu, garantir l'acheteur contre toute éviction provenant du fait des tiers. Il est, en second lieu, responsable des défauts cachés ou vices rédhibitoires de la chose vendue. D'une manière générale, l'obligation de garantir peut, quel que soit son objet, être considérée comme une dépendance et un complément de l'obligation de livrer.

La garantie n'est cependant point de l'essence de la vente, et elle peut cesser par l'effet d'une convention expresse. Celle-ci peut elle-même être ou spéciale ou générale, selon que le vendeur déclare ne répondre d'aucune espèce d'éviction ou seulement de l'éviction provenant de telle cause déterminée [1]. En pareil cas, d'après la loi romaine, le vendeur est affranchi des dommages-intérêts excédant le prix de vente, et l'opinion qui paraît avoir prévalu l'autorise même à retenir le prix [2]. Nous ne pouvons savoir quelle était à ce sujet la disposition du droit attique.

Sauf le cas où elle est écartée par le contrat, la garantie est due dans toute vente. Il semble même, d'après un grammairien, que celui des polètes qui exerçait la prytanie, devait spécialement fournir la garantie à l'acheteur [3]. Mais on ne conçoit pas comment l'acheteur d'un bien de l'Etat pourrait être évincé, puisqu'aucune revendication n'était possible contre l'acquéreur d'un bien vendu par l'Etat, qu'il s'agît de δημιόπρατα ou d'autres biens publics [4].

L'obligation de garantie n'est point, au surplus, particulière à la vente. Elle grève toute personne qui doit à une autre un corps certain, soit en propriété, soit simplement à titre de sûreté. C'est ainsi que, comme nous l'avons vu, le

(1) Platner, *Process*, t. 2, p. 344; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 719.
(2) L. 11, § 18, D. *De act. empt.*, XIX, 1.
(3) Pollux, VIII, 99 : πωληταὶ.... πρυτανεύει δὲ ἐξ αὐτῶν εἷς, ὃς τὰ πωλούμενα βεβαιοῖ.
(4) V. *supra*, t. III, p. 31 et s. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 722.

créancier hypothécaire a droit à la garantie lorsque le débiteur lui a constitué une hypothèque sur la chose d'autrui. Cela est vrai non seulement lorsque la sûreté revêt la forme d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει, vente fictive, sans doute, mais comportant, en principe tous les effets de la vente, mais encore dans le cas où il s'agit d'une hypothèque proprement dite [1].

(α). *Garantie de l'éviction.*

Le vendeur doit livrer la chose à l'acheteur ἀναμφισβήτητον, et par suite il devient responsable envers l'acquéreur lorsque celui-ci est troublé dans la paisible possession de la chose par les réclamations d'un tiers. La loi athénienne offre alors à l'acheteur troublé par l'action en revendication du tiers le choix entre deux partis.

Il peut d'abord, s'il ne veut pas soutenir personnellement la lutte, appeler en garantie son vendeur pour qu'il prenne son fait et cause et vienne le défendre contre la revendication formée par le tiers. Cette obligation du vendeur apparaît même *a priori* comme la principale. Cette mise en cause du vendeur, correspondant à la *denuntiatio* du droit romain [3], se nomme, dans le droit grec, ἀνάγειν εἰς τὸν πρατῆρα [4]. Harpocration définit en conséquence l'ἀνάγειν : τὸ μηνύειν τὸν πεπρακότα καὶ ἐπ' ἐκεῖνον ἰέναι [5]. L'auteur d'un des lexiques de Séguier indique également d'une manière très claire en quoi consiste l'ἀνάγειν : ὅταν ἀμφισβητῇ τις περὶ οἰκέτου ὡς οὐ δεόντως πραθέντος, ὁ τὸν οἰκέτην διακατέχων παραγίνεται

(1) V. *supra*, t. III, p. 216 et 251. Cf. Meier, Schoemann et Lipsius, p. 722.

(2) Cf. l. 74, § 2, D. *De evict.*, XXI, 2 : Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.

(3) Cf. l. 53, § 1, D., *loc. cit.*

(4) On a employé ici le substantif, ἀναγωγή : Caillemer, *Contrat de vente*, p. 18. Mais cette expression paraît plutôt réservée au cas de vices rédhibitoires.

(5) Harpocration, v° ἀνάγειν.

ἐπὶ τὸν πεπρακότα, καὶ ἀναγκάζει αὐτὸν συνίστασθαι τὴν δίκην πρὸς τοὺς ἀμφισβητοῦντας. καὶ τοῦτο καλεῖται ἀνάγειν εἰς πράτην [1]. Sur cette sommation qui lui est faite, le vendeur est tenu de confirmer, βεβαιοῦν [2], vis-à-vis du revendiquant qu'il a vendu à l'acheteur la chose litigieuse, et il doit en conséquence prendre la place de ce dernier dans le procès [3].

Si le vendeur ne défère pas à la sommation qui lui est faite par l'acheteur, celui-ci peut intenter contre lui l'action nommée δίκη βεβαιώσεως [4]. Pollux [5] et Harpocration [6] le disent formellement. Toutefois l'objet de cette action n'apparaît pas très nettement. Suivant Caillemer [7], cette action tend à faire contraindre par les tribunaux le vendeur à remplir son obligation, c'est-à-dire vraisemblement, d'après cet auteur, à prendre la place de l'acheteur dans le procès et à soutenir la lutte contre le revendiquant. Mais il nous semble plutôt que la δίκη βεβαιώσεως a pour fondement le refus de βεβαίωσις de la part du vendeur, μὴ βεβαιοῦντα ὑπεύθυνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως [8], comme le dit Pollux. D'après Plat-

(1) Bekker, *Anecd.*, I, p. 214. Cf. Platon, *Leges*, XI, 2, p. 915 c. On retrouve la même procédure dans le droit gréco-égyptien des Ptolémées. Cf. Peyron *Papyri græci*, I, 1826, p. 32 et 120 : συνίστασθαι τὸν λόγον πρὸς τοὺς ἀποδομένους αὐτοῖς.

(2) Pollux, VIII, 34. On rencontre la βεβαίωσις également en matière d'emphytéose. V. *infra*, p. 203.

(3) Cf. Caillemer, *loc. cit.* ; Platner, *Process*, t. II, p. 343 ; Meier Schœmann et Lipsius, p. 720.

(4) On a rapproché la βεβαίωσις de l'*auctoritas* du droit romain ; la δίκη βεβαιώσεως serait ainsi l'*actio auctoritatis*. Cf. G. A. Leist, p. 35.

(5) Pollux, VIII, 34 : ἡ δὲ βεβαιώσεως δίκη, ὁπότ' ἄν τις πριάμενος οἰκίαν ἢ χωρίον, ἀμφισβητοῦντος τινος, ἀνάγῃ ἐπὶ τὸν πρατῆρα. τὸν δὲ προσήκει βεβαιοῦν, ἢ μὴ βεβαιοῦντα ὑπεύθυνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως. εἰ δὲ ὁ ἀνάγων ἐπὶ τὸν πρατῆρα ἡττηθείη, τὸ μὲν ἀμφισβητηθὲν τοῦ κρατήσαντος ἐγίγνετο· ὁ δὲ ἡττηθεὶς τὴν τιμὴν παρὰ τοῦ συκοφαντήσαντος ἐκομίζετο.

(6) Harpocration, v° βεβαιώσεως : δίκης ὄνομα ἐστιν, ἣν δικάζονται οἱ ὠνησάμενοι τι τῷ ἀποδομένῳ, ἂν ἕτερος μὲν ἀμφισβητῇ τοῦ πραθέντος, ὁ δὲ μὴ βεβαιοῖ. Un des lexiques de Séguier (Bekker, *Anecd.*, 219, 33) renferme une définition conçue dans des termes presque identiques.

(7) *Contrat de vente*, p. 18.

(8) Hérault, p. 284, traduit littéralement : aut si defugit auctoritatem, dam-

ner [1], la δίκη βεβαιώσεως renferme la sommation au vendeur ou bien d'établir vis-à-vis du revendiquant la légitimité de la vente, ou de répondre vis-à-vis de l'acheteur des suites du procès en revendication et de l'éviction possible. Mais, à notre avis, la première partie de cette alternative se trouvait déjà comprise dans l'ἀνάγειν εἰς τὸν πρατῆρα. Nous préférons l'interprétation de Meier et Schœmann [2], pour qui le but de la δίκη βεβαιώσεως est de faire déclarer le vendeur obligé ou non à la garantie. L'étendue de cette obligation peut varier, du reste, suivant le résultat du procès intenté par le tiers contre l'acheteur et que celui-ci, sur le refus du vendeur de βεβαιοῦν, doit alors suivre seul. Si l'acheteur triomphe dans son procès, le vendeur ne lui doit à titre de garantie que des dommages-intérêts pour les frais de l'instance ; si l'acheteur est évincé, le vendeur est tenu de l'indemniser dans la mesure que nous déterminerons bientôt. Il nous paraît certain, au surplus, que la δίκη βεβαιώσεως peut être formée par l'acheteur quelle que soit la nature, mobilière ou immobilière, de la chose vendue. Pollux [3] paraît, il est vrai, en restreindre l'application au cas d'une vente d'immeubles, οἰκίαν ἢ χωρίον. Mais le texte d'Harpocration et le lexique de Séquier [4] ne renferment aucune limitation de ce genre, et il n'y a point d'ailleurs de motif pour distinguer entre les ventes mobilières et les ventes immobilières [5].

Lorsque le vendeur prend le parti de βεβαιοῦν, l'acheteur se trouve mis hors de cause et le procès se poursuit exclusivement entre le vendeur et le tiers. Cela résulte manifestement de la définition que donne Harpocration du mot

nari auctoritatis. Mais le véritable sens est : « S'il ne confirme pas, il est sujet à l'action βεβαιώσεως ». Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. [illegible], note 691.

(1) Platner, *Process*, t. II, p. 343.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 720, 721.

(3) *Supra*, p. 134, note 5.

(4) *Supra*, p. 134, note 6.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 720, note 691.

αὐτομαχεῖν, désignant le second parti auquel l'acheteur peut recourir lorsqu'il lutte seul contre le revendiquant : αὐτομαχεῖν : τὸ δι' ἑαυτοῦ δικάζεσθαι, ἀλλὰ μὴ δι' ἑτέρου, οἷον ἐάν τις εἰς πρατῆρα ἀνάγῃ, πρὸς ἐκεῖνον ἀποφαίνει τὴν δίκην οὖσαν. Le grammairien indique l'option réservée par la loi à l'acheteur. S'il se décide à ἀνάγειν, il plaide alors non par lui-même, mais par un autre, δι' ἑτέρου, et il renvoie le revendiquant au vendeur, πρὸς τὸν πρατῆρα ἀποφαίνει τὴν δίκην [1].

Si le vendeur succombe dans sa lutte contre le revendiquant, et si, par suite, l'acheteur est évincé, celui-ci a droit naturellement au remboursement du prix qu'il a payé [2]. Le vendeur doit également lui payer des dommages-intérêts représentant le préjudice occasionné par l'éviction [3]. L'obligation de garantie du vendeur est donc moins lourde que dans le droit romain où l'acheteur évincé pouvait recourir dans la plupart des cas à l'action *ex stipulatu duplæ* [4]. On peut, il est vrai, conjecturer que la peine du double au cas d'éviction a fini par être admise dans le droit grec. On voit, en effet, dans un papyrus égyptien du musée de Berlin [5], renfermant un acte de vente passé sous Trajan, le vendeur s'obliger pour le cas d'éviction à restituer à l'acheteur le double du prix, plus 250 drachmes pour le dommage et autant d'amende au fisc. On peut supposer toutefois que les stipulations de ce genre se sont introduites dans le droit grec sous l'influence des usages romains [6].

(1) Cf. Hérault, p. 284 ; Heffter, p. 437 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 721, note 692 ; Guiraud, p. 272.

(2) Pollux. VIII, 34, *supra cit.*, p. 134, note 5. Cf. Isée, *De Dicæog. her.*, § 21 : οἱ παρὰ τούτου πριάμενοι.... οἷς ἔδει αὐτὸν ἀποδόντα τὴν τιμὴν ἡμῖν τὰ μέρη ἀποδοῦναι.

(3) Bekker, *Anecd.*, p. 467, 3 : ἀποτῖσαι τὴν ζημίαν Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 721 ; Guiraud, p. 272 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 19 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Automachein.*

(4) V. Accarias, t. II, n° 606.

(5) *Ægyptische Urkunden aus den kœniglichen Museen zu Berlin*, n° 350.

(6) Cf. Lécrivain, *Peines du double*, p. 306.

En cas de refus de la part du vendeur de βεβαιοῦν, l'acheteur est, comme nous l'avons vu, obligé de lutter seul contre le revendiquant, mais alors son recours contre le vendeur est pleinement assuré par l'accomplissement des formalités de l'ἀναγωγή. L'acheteur peut aussi, sans observer ces formalités, se décider immédiatement à soutenir seul le procès contre le tiers, sans invoquer l'assistance du vendeur ni le mettre en cause. C'est ce second parti que les grammairiens désignent par les mots αὐτομαχεῖν ou αὐτομαχῆσαι [1]. Cette procédure lui offre l'avantage d'être plus rapide, car elle supprime les lenteurs de l'ἀναγωγή. L'acheteur est contraint d'y recourir lorsqu'il n'a pas droit à la garantie, ayant acheté à ses risques et périls. Il peut aussi l'employer lorsqu'il a pleine foi dans la bonté de sa cause et qu'il veut la faire juger rapidement, ou, comme le disent les grammairiens, lorsqu'il a confiance dans son vendeur et qu'il a la certitude que celui-ci consentira à le soutenir dans sa lutte contre le revendiquant et à l'indemniser en cas d'insuccès.

Les grammairiens semblent dire que si l'acheteur prend spontanément le parti d'αὐτομαχεῖν, il n'a point légalement de recours contre son vendeur s'il succombe dans sa lutte contre le tiers [2]. Certains auteurs enseignent également que le recours en garantie n'est ouvert à l'acheteur que lorsqu'il y a eu ἀναγωγή [3]. D'autres accordent, au contraire, ce recours

(1) Harpocration, v° αὐτομαχεῖν : v. *supra*, p. 136 ; Suidas, v° αὐτομαχῆσαι : τὸ δι' ἑαυτοῦ δικάζεσθαι, ἀλλὰ μὴ δι' ἑτέρου. καὶ αὐτομαχῆσαι, ὅταν ἀντιποιῆταί τις οἰκίας ἢ χωρίου, καὶ εἴη ὁ πιπράσκων μὲν ἀξιόχρεως, ὥστε δοκεῖν ἀποτῖσαι τὴν ζημίαν, καὶ συνίστασθαι τὴν δίκην πρὸς τὸν ἀντιποιούμενον· βούλοιτο δὲ ὁ διακατέχων τὴν οἰκίαν ἢ τὸ χωρίον ἴδιον αὐτῷ γενέσθαι ἀγῶνα πρὸς τὸν ἀμφισβητοῦντα, τοῦτο αὐτομαχῆσαι καλεῖται. Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 467, v° αὐτομαχῆσαι où se trouve une définition identique.

(2) Pollux, VIII, 34 (*supra*, p. 134, note 5) paraît également subordonner l'obligation de garantie à la δίκη βεβαιώσεως et en fait une conséquence de cette action.

(3) Heffter, p. 438 ; Platner, *Process*, t. II, p. 344.

à l'acheteur dans tous les cas [1]. Caillemer [2] a enfin proposé une distinction qui nous paraît fort raisonnable et qui est, du reste, empruntée à la loi romaine [3]. Abstraction faite du cas où le vendeur a été déchargé de l'obligation de garantie par une clause expresse de l'acte, l'auteur précité refuse tout recours à l'acheteur lorsqu'il a perdu le procès par sa faute, en négligeant de faire valoir des moyens de défense que le vendeur eût invoqués, s'il avait été mis en cause, et qui auraient détruit les prétentions du tiers. Il est juste que l'acheteur supporte alors les conséquences de son imprudence. Mais si le défaut d'ἀναγωγή a été sans influence sur la solution du litige, il ne serait pas équitable de refuser à l'acheteur un recours en garantie par l'unique motif qu'il aurait défendu seul au procès en revendication [4].

L'acheteur trouvait, au surplus, une garantie sérieuse pour l'exercice de ses droits contre le vendeur dans la présence de ces personnes que ce dernier lui présentait presque toujours sous le nom de covendeurs, provendeurs, confirmateurs de la vente, ou même vendeurs [5] et qui se portaient garants de l'exécution de ses obligations, τὰ πωλούμενα ὑφ' ἑτέρου βεβαιῶν, comme le dit un grammairien en donnant la définition du συμπρατήρ [6]. Ces garants figurent dans de nom-

(1) Petit, p. 494 ; Guiraud, p. 172.

(2) *Contrat de vente*, p. 20 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Automachein*.

(3) L. 53, § 1, D. *De evict.*, XXI, 2.

(4) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 720, évitent de se prononcer sur cette question. Cf. Hermann-Thalheim, p. 89.

(5) Les documents grecs les désignent par les expressions suivantes : βεβαιωτῆρες (V. la série des actes d'affranchissement de Delphes sous forme de vente au Dieu, *in* Wescher et Foucart), βεβαιωταί (Registre de Ténos, n° 41, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64), συμπρατῆρες (Bekker, *Anecd.*, I, p. 196) προαποδόται (Dittenberger, *Sylloge*, n° 446, l. 7) προπωληταί (Papyr. 5 du Louvre, *in Notices et Extraits*, XVIII, 2, p. 132. Cf. les autres documents cités par Mitteis, p. 504, note 4), πρατῆρες (Registre de Ténos, *passim*, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64 et s.), μνήμονες (*Bulletin*, V, p. 492 et s.). Cf. Anthes, p. 41-42.

(6) Bekker, *loc. cit.*

breux documents étrangers au droit attique et concernant beaucoup de localités diverses. Leur nombre est toutefois très variable. Ainsi le contrat d'Amphipolis n'en mentionne qu'un [1]. Dans les contrats de Delphes on en rencontre ordinairement un ou deux, assez souvent trois et quelquefois quatre ou cinq [2]. Dans les inscriptions de Locride et de Phocide, il n'y en a qu'un, et une fois deux [3]. A Mylasa [4] et à Iasos [5] nous savons simplement qu'il y en avait plusieurs. A Ténos, dont le registre des ventes immobilières nous fournit à ce sujet de précieux renseignements, on rencontre ordinairement un ou deux garants, plus rarement trois, quatre ou cinq, exceptionnellement leur nombre va jusqu'à sept ou dix. Ainsi que l'observent Dareste, Haussoulier et Reinach dans leur commentaire de ce registre [6], il n'y a aucun rapport entre le prix de la vente et le nombre des garants, car dans une vente dont le prix atteint 8.000 drachmes, on ne trouve que deux garants, tandis qu'il y en a dix dans une vente de 4.700 drachmes et et cinq dans une vente de soixante drachmes. Le nombre des garants varie plutôt suivant la situation du vendeur, ses relations de famille et ses relations d'affaires. C'est, en effet, dans le cercle de ses parents et de ses amis que le vendeur choisit de préférence les garants. En dehors de ce cercle, il les prend aussi très volontiers parmi les personnes ayant eu ou ayant encore actuellement un droit sur la chose vendue : l'intervention de ces personnes constitue une sûreté de plus pour l'acheteur [7].

(1) Dittenberg, *Sylloge*, nº 439.
(2) V. Foucart, *Mémoire sur l'affranchiss. des esclaves*, p. 16 et s.
(3) *Dialekt-Inschriften*, nºˢ 1477, 1555.
(4) Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, nº 416, l. 5 ; *Corp. inscr. gr.*, 2694 B, l. 15.
(5) Dittenberger, *Sylloge*, nº 77.
(6) P. 98-99.
(7) Mitteis (p. 504) conjecture que le βεβαιωτής devait originairement être le précédent vendeur.

Les divers garants fournis par le vendeur sont le plus souvent responsables solidairement. Dans les actes d'affranchissement de Delphes, on ne distingue jamais entre eux, alors même que plusieurs esclaves sont vendus simultanément à la divinité [1]. Dans le registre des ventes de Ténos, les garants s'obligent en général solidairement, ou, suivant la formule consacrée, καὶ μέσῳ πάντες καὶ χωρὶς ἕκαστος πάντος τοῦ ἀργυρίου, c'est-à-dire tous ensemble et chacun à part pour le tout. Néanmoins, dans quelques-unes des ventes mentionnées au registre, la responsabilité des garants est divisée, *pro rata parte*, ou bien on rencontre encore une combinaison des deux précédents procédés, certains garants s'obligeant pour une partie seulement tandis que les autres s'engagent solidairement [2]. La qualité de garant entraînant généralement une responsabilité assez lourde, on s'est demandé quel motif pouvait la faire accepter à ceux qui n'avaient avec le vendeur aucun lien de parenté. Foucart [3], se fondant sur ce fait que les noms des βεβαιωτῆρες qui reviennent le plus souvent dans les actes de Delphes sont ceux des citoyens appartenant aux meilleures familles de la ville, dit qu'ils se portaient garants pour se mettre en avant et

(1) Caillemer (*Contrat de vente*, p. 23) enseigne que les obligations des divers βεβαιωταί n'étaient point nécessairement identiques. Les uns, dit-il, garantissaient seulement la propriété de tel ou tel des objets compris dans la vente ; les autres s'obligeaient conjointement et solidairement à faire exécuter le contrat. Cet auteur voit dans le registre de Ténos (l. 108) que deux garants, nommés Cléagoras et Iphicrite s'engagent pour des objets différents. Mais cette interprétation ne nous paraît pas exacte, ainsi qu'on peut s'en convaincre par la traduction de Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 85.

(2) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 100. Caillemer (*loc. cit.*, p. 23) dans les cas des nos 23 et 36 du registre de Ténos, où les garants ne s'obligent que pour une certaine somme, croit que les βεβαιωταί sont alors des créanciers hypothécaires du vendeur, que l'acheteur rembourse sur son prix de vente et qui promettent de lui rapporter, si plus tard il est dépossédé, la somme qu'il vient de verser entre leurs mains. Nous estimons plus simplement qu'il faut voir ici des garants qui entendent limiter leur responsabilité à une certaine somme sans vouloir répondre de toutes les conséquences de l'éviction.

(3) *Mémoire* précité, p. 16 et s.

pour gagner la reconnaissance de leurs concitoyens. De même, à Ténos, les πρατῆρες sont ordinairement pris parmi le petit nombre de familles riches et commerçantes de l'île [1].

L'intervention de ces garants est-elle obligatoire dans la vente ? L'affirmative paraît à peu près certaine pour Delphes, car dans la nombreuse série des actes de vente relatifs à cette localité on trouve souvent mentionnés les βεβαιωτῆρες, sauf cependant dans un cas [2]. Foucart [3] invoque aussi en ce sens l'addition insérée dans certains actes, κατὰ τὸν νόμον τᾶς πόλιος τῶν Δελφῶν. A Ténos, des garants interviennent également dans la plupart des ventes que mentionne le registre. Cependant, dans certains cas (7 sur 47), on voit figurer non plus des garants proprement dits ou πρατῆρες, mais des tiers qui donnent simplement leur approbation à la vente, συνεπαινοῦντες. Or il est probable que le rôle de ces tiers différait de celui des garants. Ces συνεπαινοῦντες étaient vraisemblablement des tiers qui avaient ou qui auraient pu avoir un jour quelque droit sur la chose et qui renonçaient à s'en prévaloir dans l'intérêt de l'acheteur. Leur rôle est donc en quelque sorte négatif, et il est analogue à celui que jouent, dans les actes d'affranchissement de Delphes, les συνεπαινοῦντες ou συνευδοκοῦντες à côté des βεβαιωτῆρες [4]. D'un autre côté, dans dix ventes, la mention des garants fait complètement défaut. Il est vrai que, comme le disent les commentateurs de l'inscription, cette absence peut s'expliquer soit par la nature de l'acte, qui est une rétrocession pure et simple ou une rétrocession en vertu d'un pacte de rachat, soit par la modicité du prix de vente (100, 235 et 400 drachmes) [5]. Mais il est deux cas où le prix de vente

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 101.
(2) *Bulletin*, XVII, 386, n° 88.
(3) *Loc. cit.*, p. 16.
(4) Cf. Foucart, *loc. cit.*
(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 98.

est relativement assez élevé (850 et 2.400 drachmes), et où cependant il n'intervient point de garants. On ne peut donc pas affirmer qu'à Ténos la présence des πρατῆρες dans les contrats de vente ait été exigée par la loi ; elle était seulement dans les usages.

Avant de rechercher quelle est précisément la situation juridique des garants dans la vente, nous avons à voir si ce genre de cautionnement était pratiqué dans le droit attique, sinon en vertu d'une loi, du moins conformément à l'usage. Certains auteurs [1] se prononcent affirmativement. Il est peu croyable, disent-ils, qu'une institution aussi rationnelle, conforme aux exigences du caractère athénien si défiant et si intéressé, et admise dans la pratique quotidienne des nations voisines, notamment de la Béotie et de la Phocide, soit restée étrangère au droit d'Athènes. Caillemer prétend trouver une preuve directe de cette proposition dans le discours de Démosthène contre Panténète. Suivant lui, il est impossible de ne pas voir dans Mnésiclès d'abord, et ensuite dans Evergos et Nicobule de véritables garants des ventes consenties par Panténète. Sans doute, si l'on s'arrête aux apparences, Mnésiclès joue le rôle de vendeur, mais les apparences sont ici trompeuses, car, en réalité, Mnésiclès n'était qu'un propriétaire fictif; le véritable propriétaire était Panténète qui, au lieu d'aliéner son immeuble au profit de Mnésiclès, avait fait avec lui un contrat pignoratif. Mais Panténète n'offrant point de sérieuses garanties, les nouveaux acquéreurs, Evergos et Nicobule, tout en ne voulant faire eux-mêmes qu'un contrat pignoratif et non une véritable acquisition, préférèrent traiter avec Mnésiclès, propriétaire apparent, afin de l'avoir pour obligé et pour garant en même temps que Panténète [2]. De même,

(1) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 21 ; Anthes, p. 89 ; Diels, *Sitzber. der Berl. Akad.*, 1889, p. 665, note 7.

(2) Démosthène, *C. Pantæn.*, argum. : γίνεται πρατὴρ καὶ βεβαιωτὴς τοῖς δευτέροις δανεισταῖς ὁ πρότερος δεδανεικὼς ὁ Μνησικλῆς.

les créanciers qui succédèrent à Evergos et Nicobule, ne voulant pas non plus contracter directement avec Panténète, consentirent encore à figurer dans l'acte comme vendeurs et comme garants [1]. Au fond, le véritable vendeur était donc Panténète ; Mnésiclès, dans la première vente, Evergos et Nicobule dans la seconde, ne sont intervenus que pour augmenter son crédit et ils ont bien joué le rôle de garants, συμπρατήρ, βεβαιωτής, ou *auctor secundus*, suivant l'expression du jurisconsulte Ulpien [2]. Diels [3] a voulu trouver également dans le plaidoyer récemment découvert d'Hypéride contre Athénogène un autre cas de βεβαιωτής à Athènes. Le client d'Hypéride, homme simple et inexpérimenté, s'est laissé duper par Athénogène à propos d'une vente d'esclave. Cette vente avait été conclue très rapidement pour que l'acheteur n'eût point le temps de prendre des informations. L'orateur nous montre Athénogène faisant sceller immédiatement le contrat dans la même maison, pour qu'aucun homme de sens rassis n'en apprît la teneur, et, ajoute-t-il, « à côté de mon nom il avait inscrit celui de Nikon de Képhisia [4]. » Il s'agit de savoir quel rôle joue ce Nikon dont les parties paraissent avoir inséré le nom dans l'acte sans lui poser aucune question. Or on doit y voir vraisemblablement le βεβαιωτής habituel des contrats de vente. Athénogène n'aurait pas pu, en effet, imposer à ce Nikon, sans lui demander son consentement, la garantie des obligations de l'acheteur. Mais il pouvait très bien faire figurer dans l'acte le nom d'un de ses complices, habitué à jouer de pareils rôles. L'intérêt du vendeur étant que la fraude ne fût point rapidement découverte, cette adjonction d'une tierce personne

(1) *Ibid.* : πάλιν δὲ οὐκ ἐθελόντων τῶν δανειστῶν ὠνεῖσθαι τὰ κτήματα, εἰ μὴ πρατῆρες αὐτοῖς καὶ βεβαιωταὶ γένοιντο Νικόβουλος καὶ Εὔεργος.

(2) L. 4, pr. D. *De evict.*, XXI, 2.

(3) *Loc. cit.* Cf. Mitteis, p. 505, note 1.

(4) Col. IV, 5 et s. : ἵνα μηδεὶς τῶν εὖ φρονούντων ἀκούσαι τὰ συγγεγραμμένα, προσεγγράψας μετ' ἐμοῦ Νίκωνα τὸν Κηφισιᾶ.

doit être envisagée comme l'accomplissement d'une formalité obligatoire.

Nous ne croyons point cependant que les textes de Démosthène et d'Hypéride soient suffisants pour démontrer la pratique du βεβαιωτήρ à Athènes. En ce qui concerne d'abord le discours contre Panténète, il est tout naturel, ainsi que nous l'avons expliqué en exposant les règles de la πρᾶσις ἐπὶ λύσει [1], que ce soit le créancier qui figure dans l'acte de vente de l'immeuble engagé et non le débiteur. La πρᾶσις ἐπὶ λύσει a, en effet, transféré au créancier la pleine propriété de cet immeuble et nous avons même admis, en nous fondant précisément sur ce même plaidoyer, ainsi que sur le discours de Démosthène contre Apatourios, que le créancier peut valablement aliéner l'immeuble sans avoir à demander l'assentiment du débiteur [2]. Peu importe que, dans le cas de Panténète, celui-ci soit au fond celui dans l'intérêt de qui s'opère la vente. Juridiquement, cette vente est consentie une première fois par Mnésiclès, une seconde fois par Evergos et Nicobule acquéreurs de Mnésiclès, et ces personnes figurent bien dans l'acte comme seuls *auctores* et non comme *auctores secundi* de Panténète [3]. L'argument tiré du plaidoyer d'Hypéride n'est pas plus décisif. Il faut observer, tout d'abord, que le nom de Nikon se trouve placé à côté de celui du plaideur, de l'acheteur (προσεγγράψας μετ'ἐμοῦ) et non à côté de celui d'Athénogène, du vendeur. Donc, *a priori*, Nikon apparaît plutôt comme le garant de l'acheteur que comme celui du vendeur. D'autre part, c'est bien ce rôle qu'un autre passage du plaidoyer attribue à Nikon, du moins suivant une restitution fort plausible de ce passage [4].

(1) V. *supra*, t. III, p. 237 et s.

(2) V. *Ibid.*, p. 242 et s.

(3) Le § 30 du plaidoyer de Démosthène notamment prouve bien en quelle qualité Evergos et Nicobule interviennent à l'acte : τὸν αὐτὸν τρόπον ἡμεῖς ἑτέροις ἀποδόμεθα, ἐφ' οἷσπερ αὐτοὶ ἐπριάμεθα.

(4) Col. IX, l. 21-22 : ὅτι μὲν οὖν ᾔδεις, ὦ Ἀθηνόγενες, ὀφείλοντα Μίδαν — οἶμαι

On ne saurait donc, à notre avis, du moins dans l'état actuel des sources, affirmer que l'usage des βεβαιωτῆρες ait été pratiqué dans le droit attique [1].

Il nous faut maintenant déterminer d'une manière précise les rôles respectifs du vendeur et du garant vis-à-vis de l'acheteur. Sur ce point, deux théories sont en présence. Dans l'une, on décide que l'acheteur n'a de recours que contre les garants et non contre le vendeur. Si les garants sont condamnés à restituer à l'acheteur évincé le prix de vente et à lui payer d'autres dommages-intérêts, ils ont sans doute un recours en justice contre le vendeur ; mais l'acheteur, une fois le prix convenu et la chose livrée, n'a plus aucun rapport avec son vendeur, et c'est contre les garants seulement qu'il peut poursuivre l'exécution de l'obligation de garantie. Celle-ci est absolument distincte de l'obligation du vendeur, qui lui n'est tenu qu'à la délivrance. Cette théorie est, il est vrai, contraire à nos idées modernes d'après lesquelles on a peine à concevoir que ce ne soit pas le vendeur lui-même qui doive garantir et que l'obligation de garantie soit mise exclusivement à la charge d'un tiers qui personnellement n'est pas intéressé au contrat. Elle se justifie

πᾶσιν εἶναι δῆλον ἔκ τε πολλῶν ἄλλων καὶ ἐκ τοῦ αἰτεῖν [Νίκωνα Κρῆσσα μετ' ἐμοῦ ἐγγυητ[ὴ]ν εἶναι]. Cf. Weil, *Revue des études grecques*, t. V, 1892, p. 165. Blass (dans son édition du plaidoyer d'Hypéride) lit également Νίκωνα ὑπὲρ ἐμοῦ ἐγγυητ[ὴ]ν.

(1) Cf. en ce sens : Hérault, *Animadv.*, IV, 3 ; Bœckh, *Corp. inscr. græc.*, II, 273 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 718 ; Lipsius, *in Bursians Jahresbericht*, II, p. 1406, et *Bedeut. d. griech. Rechts*, p. 28, note 22 ; Hermann-Thalheim, p. 89, note 3. Suivant Lécrivain (*Cautionnement*, p. 216), qui du reste n'examine point à fond la question, l'emploi de la caution aurait été extrêmement rare à Athènes dans les ventes. Cf. Keil, *in Mittheilungen*, t. XX, 1895, p. 48, note 1. Cet auteur estime toutefois que dans le décret du dème inséré au *Corp. inscr. att.*, II, 578, 35, où on lit : συναγοράζουσιν καὶ συνεγγυάζουσιν, le mot συναγοράζειν pourrait se référer à une βεβαίωσις. Foucart (*Revue de philol.*, 1894, 248), dans le passage d'Aristote sur la *Constitution des Athéniens*, c. 47, où il est dit : καὶ τὰ τέλη.... κατακυροῦσι (οἱ πωληταί) ὅτῳ ἂν ἡ βουλὴ χειροτονήσῃ, interprète le mot κατακυροῦσι comme synonyme de βεβαιοῦσι, de sorte que les polètes auraient été les garants de l'État dans ce contrat d'adjudication.

néanmoins, au point de vue historique, par le rôle prépondérant que jouait primitivement la caution, ne se bornant pas à fortifier l'obligation des parties principales, mais servant à la créer, le cautionnement étant ainsi un élément essentiel du contrat principal [1]. Cette manière de voir se modifia toutefois avec le temps, et l'on finit par admettre que le vendeur s'engageait directement à la garantie envers l'acheteur solidairement avec le provendeur ou garant, dont l'intervention devint bientôt de pure forme ou même disparut complètement. Mais la théorie primitive est encore appliquée dans les ventes immobilières de Ténos dont le registre nous a été conservé [2]. Ainsi dans aucun des quarante-six actes de vente qu'il renferme le vendeur ne figure au nombre des garants. Une fois seulement, au n° 36, il est dit, après l'énumération des vendeurs et avant celle des garants : « les dits vendeurs s'obligeant tous ensemble et chacun pour le tout. » Mais il faut observer qu'aucun de de ces vendeurs ne figure sur la liste des garants qui est donnée un peu plus loin; c'est donc que la clause précitée ne concerne que l'obligation de délivrance des vendeurs [3]. Si donc à Ténos le vendeur n'intervient jamais comme garant, c'est qu'il n'est pas garant de droit. Peut-être pouvait-il, comme à Delphes, le devenir par une clause expresse de l'acte [4]. En tout cas, on n'en possède aucun exemple à Ténos. Le système pratiqué à Ténos se maintint également dans d'autres localités, mais il finit par ne plus subsister que dans les formules des actes. C'est ainsi qu'en Egypte,

(1) V. *infra*, tit. II, chap. III, sect. III, § 1, Du cautionnement.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64 et s.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 100) disent à ce sujet que les trois vendeurs en question sont précisément trois codonataires, un frère, une sœur et leur mère, qui vendent le bien qui leur a été donné. Ils sont encore dans l'indivision, et c'est pour éviter d'avoir à rechercher dans quelle mesure chacun est vendeur, pour bien montrer qu'ils sont tenus solidairement de la délivrance, que l'acheteur fait insérer cette clause additionnelle.

(4) Cf. Wescher et Foucart, n° 250.

après la conquête macédonienne, lorsque les Egyptiens contractaient par actes grecs et suivant la loi grecque, l'acte de vente constatait toujours la présence d'un προπωλητής καὶ βεβαιωτής [1], mais ce dernier n'était plus que le vendeur lui-même. Le système suivi à Ténos ne paraît pas, du reste, avoir été pratiqué à Athènes et, dans le droit attique, l'obligation de garantie frappait directement sur le vendeur. D'une part, en effet, ainsi que nous l'avons vu, aucun texte n'y mentionne la présence d'un βεβαιωτής dans la vente. D'autre part, au témoignage de Pollux [2], le président des polètes ou commissaires des ventes nationales se porte garant des ventes faites par son ministère, τὰ πωλούμενα βεβαιοῖ. Mais il est probable qu'à Athènes on devait originairement suivre les principes encore appliqués dans le registre de Ténos [3].

Ce système est, sans doute, fort séduisant. On pourrait même le fortifier par la comparaison de certaines autres législations primitives. C'est ainsi que, dans l'ancien droit scandinave, les ventes étaient conclues avec l'assistance d'un tiers nommé *vin*, dont le rôle paraît analogue à celui qu'on prétend attribuer au garant du droit grec primitif. Par suite, lorsque l'acheteur était actionné en revendication par un tiers, il devait s'adresser au *vin* pour que celui-ci amenât la comparution du vendeur dans le procès [4]. Nous

(1) Pollux, VIII, 99.

(2) Pap. Leyd., M col. 2, lin. 6, N col. 2, lin. 11 ; *Notices et extraits*, 17, lin. 14 ; προπωλητὴς καὶ βεβαιωτὴς τῶν κατα τὰν ὠνὰν ὁ ἀποδόμενος, ὃν ἐδέξατο ὁ πριάμενος. Cf. Revillout, *Chrestom. demot. préf.*, 102.

(3) Cf en ce sens : Dareste, *in Journal des savants*, 1883, p. 170-171 et *Science du droit*, p. 130 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 99-101. Lumbroso (*Recherches sur l'économie politique de l'Egypte sous les Lagides*, 1870, p. 85) soutient également que chez les Grecs le garant était, d'après le droit commun, non pas le vendeur, mais un tiers. Il voit même là une différence entre le droit grec et le droit égyptien qui nous montre le vendeur s'engageant lui-même à défendre l'acheteur contre toute attaque et à l'indemniser en cas d'éviction.

(4) V. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, p. 346 et s. ; notre *Loi de Vestrogothie*, p. 247, XIX, texte et notes. Cf. Hofmann, p. 92.

éprouvons néanmoins des doutes très sérieux sur la réception d'un pareil système dans le droit grec, ou du moins les documents que l'on a cités pour l'établir ne nous paraissent point décisifs. Il est vrai que le registre de Ténos est généralement muet sur l'obligation de garantie du vendeur. Mais ce silence peut très bien s'expliquer parce que la garantie du vendeur était de la nature du contrat et parce qu'on a cru inutile d'insister sur ce point dans des documents qui ne donnent, du reste, au sujet de l'acte que des indications très sommaires et plutôt par rapport aux tiers qu'en ce qui concerne les parties elles-mêmes. De plus, au n° 36, il est fait mention d'une obligation des vendeurs ; or rien ne prouve que le texte se réfère, comme on l'a prétendu, à l'obligation de délivrance, et il peut tout aussi bien concerner l'obligation de garantie. Pour dire qu'il s'agit de cette dernière, on est obligé de construire une hypothèse assez compliquée, à laquelle le texte ne fait nullement allusion, et il est plus naturel d'interpréter les mots καὶ μέσῳ παρὰ πάντων καὶ χωρὶς παρ'ἑκάστου ὅλον τὸ χωρίον, comme se référant à une obligation solidaire de garantie identique à celle qui pèse sur les πρατῆρες, et qui est le plus souvent signalée dans les mêmes termes. Le vendeur est, en outre, signalé au n° 11 du registre parmi les βεβαιωτῆρες [1]. Nous dirons enfin que si les garants avaient joué à Ténos le rôle qu'on leur prête, c'est-à-dire un rôle essentiel dans le contrat, ils devraient figurer dans toutes les ventes. Or, comme nous l'avons vu [2], dans dix ventes sur quarante-six, la mention des garants fait complètement défaut. Au surplus, les inscriptions de Delphes montrent manifestement que l'obligation de garantie pèse

(1) Hermann-Thalheim, p. 89, note 3. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 69, note 1, voient, au contraire, dans Callinicos non point un des vendeurs mais le kyrios de la venderesse. Hermann-Thalheim (*loc. cit.*) voit encore, au n° 14, un des vendeurs signalé parmi les πρατῆρες. Mais ici il s'agit peut-être plutôt du kyrios de la venderesse.

(2) V. *supra*, p. 141.

directement sur le vendeur. La plupart, en effet, stipulent que cette obligation incombe à la fois au vendeur et au βεβαιωτήρ, et elles citent même ordinairement le vendeur en première ligne [1]. Elles ne disent point que l'on devra d'abord mettre en cause les garants et le vendeur ensuite, elles disposent, au contraire, que le vendeur devra, aussi bien que les garants, faire respecter la vente faite au dieu et, par suite, la liberté de l'esclave, qui en est une des conditions. Ce qui prouve bien encore le caractère subsidiaire de l'obligation contractée par le βεβαιωτήρ, c'est que, dans certains actes, il est dit que les garants ne commenceront à être obligés qu'au moment de la mort du vendeur [2]. Une inscription montre que, même dans le cas où les garants tiraient un profit personnel de la vente, ils n'étaient pas seuls à la garantir et que le recours était également ouvert contre le vendeur. Il s'agit d'un acte par lequel le maître, vendeur fictif, affranchit l'esclave Epimélès en lui imposant le devoir de servir un des βεβαιωτῆρες, nommé Agéson, tant que celui-ci vivra, et le texte ajoute : « Si après la mort d'Agéson ou même avant, quelqu'un veut réduire Epimélès en esclavage, le vendeur et les garants confirmeront la vente conformément à la loi et au contrat » [3]. Il paraît donc bien établi qu'à Delphes l'obligation de garantie pèse sur le vendeur directement.

Il en est de même incontestablement à Athènes, du moins à l'époque classique. Nous voyons, en effet, que lorsque l'acheteur poursuit la résolution de la vente à raison d'un

(1) Wescher et Foucart, n° 45 : εἰ δέ τίς κα ἐνάπτηται Διοδώρου ἐπὶ καταδουλισμῷ, βέβαιον παρεχόντω τὰν ὠνὰν τῷ θεῷ ὅ τε ἀποδόμενος Ανδρομένης καὶ ὁ βεβαιώτηρ Ἄθαμβος. Cette même formule revient sans cesse dans les actes d'affranchissement : v. n°s 20, 27, 32, 43, etc. Cf. Foucart, *Mémoire sur l'affranchissement* (*in Archives*), p. 390.

(2) *Dialekt-Inschriften*, 1755 : εἰ δέ τίς κα ἅπτηται ἐπὶ καταδουλισμῷ...., τελευτασάσας Καλλίδος (la venderesse), βέβαιον παρεχέτω ὁ βεβαιωτὴρ τῷ θεῷ τὰν ὠναν κατὰ τὸν νόμον. Cf. 1703, 1767, 1776, 1882, 1890, etc.

(3) *Ibid.*, 2036 : εἰ δέ τίς κα ἅπτηται Ἐπιμελέος ἐπὶ καταδουλισμῷ τελευτάσαντος Ἀγήσωνος, ἢ καὶ πρότερον, βέβαιον παρεχόντων τὰν ὠνὰν ὅ τε ἀποδόμενος καὶ οἱ βεβαιωτῆρες.

vice réhibitoire, c'est à son vendeur directement qu'il s'adresse, et c'est lui qu'il met en cause par la δίκη ἀναγωγῆς [1]. Pareillement, lorsqu'il s'agit de la garantie d'éviction, c'est le vendeur immédiatement que poursuit l'acheteur par la procédure consistant à ἀνάγειν εἰς τὸν πρατῆρα, suivie, le cas échéant, de la δίκη βεβαιώσεως également formée contre le vendeur [2]. Les cautions ne peuvent donc intervenir que si l'acheteur ne réussit point à obtenir du vendeur l'exécution de son obligation de garantie. Ce système est, du reste, très rationnel. Théoriquement, en effet, ainsi que nous l'avons précédemment observé, l'obligation de garantie n'est que la prolongation de l'obligation de délivrance. Or c'est sur le vendeur seul que peut peser cette dernière. Il est donc logique que l'obligation de garantie lui incombe également sans être endossée exclusivement, comme on le prétend, par un tiers qui n'est point directement intéressé à la vente. Ce tiers, quel que soit son nom, πρατήρ, βεβαιωτήρ, προπωλητής, n'est qu'une caution, un *auctor secundus* [3].

(β). *Garantie des vices de la chose.*

A Rome, d'après la loi des XII Tables, le vendeur n'était engagé que dans la mesure de ses déclarations expresses, et seule l'inexactitude de ses affirmations le soumettait à l'action *ex empto*. Si donc il avait gardé le silence, il se libérait en livrant la chose telle qu'elle était, et l'acheteur n'avait aucun recours en garantie à raison des défauts qu'il venait ensuite à découvrir. Mais les édiles curules et la jurisprudence étendirent la responsabilité du vendeur. A l'époque classique, celui-ci est tenu de déclarer tous les vices qui diminuent sensiblement la valeur de la chose, et l'absence de cette déclaration l'expose à deux actions, dont

(1) V. *infra*, p. 151.
(2) V. *supra*, p. 134.
(3) Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de vente*, p. 21, note 4 ; Guiraud, p. 273-274.

l'une, nommée *redhibitoria*, permet à l'acheteur de faire résoudre le contrat, et dont l'autre, nommée *aestimatoria*, tend à lui faire obtenir une indemnité, s'il préfère maintenir le contrat.

Le droit attique aurait, suivant certains auteurs, consacré des règles semblables à celles qui avaient fini par être admises à Rome, et la théorie de la rédhibition aurait même suivi dans les deux législations une évolution analogue. Nous avons à rechercher si cette interprétation est exacte.

Le textes du droit attique qui parlent de la rédhibition prévoient exclusivement le cas de la vente d'un esclave. Il y avait, à ce sujet, une loi [1] dont les lexicographes nous avaient révélé l'existence, et dont le texte se trouve relaté dans le plaidoyer récemment découvert d'Hypéride contre Athénogène : νόμος κελεύει περὶ ὧν ὁμολογοῦντες ἀλλήλοις συμβάλλουσιν· ὅταν τις πωλῇ ἀνδράποδον, προλέγειν ἐάν τι ἔχῃ ἀρρώστημα, εἰ δὲ μή, ἀναγωγὴ τούτου ἔστιν [2]. Il ressort de ce texte, ainsi que des définitions des grammairiens [3], que la vente d'un esclave atteint d'une maladie apparente ou, plus généralement, ayant quelque défaut caché [4], peut donner naissance à une action contre le vendeur lorsque celui-ci n'a pas fait connaître à l'acheteur la maladie ou le défaut. Cette action est nommée dans la procédure athénienne δίκη ἀναγωγῆς [5], expression venant de ce que l'instance doit être

(1) Peut-être est-ce une loi de Solon. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 113, note 1.

(2) Hypéride, *C. Athenog.*, VII, 1.

(3) Suidas, v° ἀναγωγή : ἀναγωγὴ οἰκέτου, τοῦ πραθέντος οἰκέτου, εἴ τι ἔχει νόσημα, ὃ μὴ προεῖπεν ὁ πωλῶν, ἔφησεν ὁ νόμος τῷ ὠνησαμένῳ διακρίνεσθαι πρὸς τὸν πεπρακότα, πρότερον ἀπογραψαμένῳ πρὸς τὰς ἀρχὰς τὴν αἰτίαν. Cf. Schol. sur Platon, *Leges*, XI, 2, p. 916 et les textes cités *infra*, note 5.

(4) Κακῶς πραθέντος, ou ἐχόντων αἰτίαν τινά, suivant les définitions citées *infra* note 4.

(5) Lexic. Seguer., (Bekker, *Anecd.*, I, 214, 9) reproduit d'abord la définition de Suidas (*supra*, note 3) et ajoute : ἀπογραψάμενον πρὸς τοὺς ἄρχοντας τὴν αἰτίαν, δι' ἥν ἐγκαλεῖ· καὶ τὸ οὕτως ἀπογράφειν ἀνάγειν καλεῖται, καὶ ἡ ἀπογραφὴ ἀναγωγή. Cf. *ibid.*, p. 207, 13 : ἀναγωγή : ἡ ἀπόδοσις τοῦ κακῶς πραθέντος ἀνδραπο-

précédée d'une dénonciation à l'autorité du vice rédhibitoire et nommée ἀναγωγή ou ἀπογραφή. Cette circonstance est la seule qui nous soit connue relativement aux conditions d'exercice et à la procédure de la δίκη ἀναγωγῆς. La découverte du traité d'Aristote sur la constitution des Athéniens [1] nous a toutefois appris que les actions résultant des ventes d'esclaves ou de bêtes de trait étaient comprises au nombre des ἔμμηνοι δίκαι [2].

Si les lexicographes ont négligé de nous renseigner sur la δίκη ἀναγωγῆς, Platon, au contraire, dans son *Traité des Lois* [2], est entré dans d'assez grands détails sur la responsabilité du vendeur d'esclaves et le recours en garantie, ἀναγωγή. D'après le philosophe, la rédhibition est permise lorsque l'esclave est atteint de la phtisie, de la pierre, de la strangurie, du mal que l'on appelle sacré (épilepsie) ou de quelque autre infirmité corporelle ou intellectuelle, longue, difficile à guérir et dont il n'est pas aisé de s'apercevoir. Mais l'acheteur n'a pas de recours s'il a connu le vice, parce qu'il lui a été déclaré avant le contrat, ou s'il est apparent pour tout le monde, ou bien encore si l'acheteur, à raison de ses connaissances ou de son expérience, comme médecin ou maître de gymnase, doit être présumé avoir connu le vice. Le recours est ouvert, au contraire, si le vendeur est habile et l'acheteur inexpérimenté en ces sortes de choses. L'action doit alors être exercée pour l'épilepsie dans le délai d'un an, et pour tout autre vice dans le délai de six mois; elle tend à la résolution de la vente. L'affaire est jugée par des médecins que les parties désignent d'un commun accord, et le prix est restitué au double ou au simple suivant que le vendeur a ou non connu ou dû connaître le vice caché. Une autre sorte de vice caché est, d'après Platon, celui de l'es-

δου. Hésychius, v° ἀναγωγή : ἡ τῶν πραθέντων ἀνδραπόδων ἀνάδοσις ἐχόντων αἰτίαν τινά.

(1) C. 52 : εἰσὶ δ'ἔμμηνοι.... καὶ ἀνδραπόδων καὶ ὑποζυγίων.

(2) Platon, *Leges*, XI, 2, p. 916.

clave qui a commis un meurtre et se trouve, en conséquence, soumis à l'abandon noxal. En ce cas, le recours en garantie est accordé non seulement à l'acheteur primitif, mais à chacun des acheteurs successifs, à condition qu'il ait ignoré le fait au moment de la vente, et le délai court à partir du jour où il a eu connaissance du fait. L'affaire est jugée par les cinq plus jeunes gardiens des lois et, s'il est prouvé que le vendeur connaissait le vice, il est condamné à restituer le prix au triple et à purifier la maison de l'acheteur en observant les formalités prescrites par les exégètes.

Platon s'est-il borné à reproduire les dispositions du droit positif d'Athènes? On a enseigné l'affirmative [1]. Mais il est plus prudent, à notre avis, de dire avec Caillemer [2] que si le philosophe a emprunté au droit attique le principe de la rédhibition, il n'en est point de même des minutieuses prescriptions qu'il pose dans son *Traité des Lois* sur l'exercice de l'action rédhibitoire, notamment en ce qui concerne le tribunal de médecins chargé de juger les contestations. On peut toutefois admettre, en raison de l'analogie que présente la δίκη ἀναγωγῆς avec la δίκη βλάβης, la différence fondée sur la bonne ou la mauvaise foi du vendeur, et par suite sa condamnation au simple ou au double suivant les cas [3]. Il est probable, d'autre part, que le délai accordé par la loi pour l'exercice de l'action rédhibitoire devait être assez court. C'est ce que prouve le passage précité d'Aristote qui range cette action au nombre des ἔμμηνοι δίκαι, c'est-à-dire des affaires dont l'instruction est menée rapidement. On peut également invoquer en ce sens l'analogie de la loi de Gortyne [4], aux termes de laquelle celui qui a acheté un esclave

(1) Hermann, *De vestig. inst. vet.*, I, p. 65-66. Cf. Hermann-Thalheim, p. 90 ; Thonissen, p. 406.

(2) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 26 et *in* Daremberg et Saglio, vº *Anagogès dikè*. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 717, note 680.

(3) Caillemer, *loc. cit.* ; Teuffel, *in* Pauly's *Realencyclopaedie*, I, 2ᵉ ed., p. 950 ; Meier, Schomann et Lipsius, *loc. cit.*

(4) VII, 11-15. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 469 ; Bucheler et Zitel-

au marché a soixante jours pour effectuer la περαίωσις, c'est-à-dire vraisemblablement l'action rédhibitoire en raison de la découverte de vices cachés [1].

Quel est précisément l'objet de la δίκη ἀναγωγῆς ? On a dit que l'acheteur a le choix ou d'exiger l'annulation de la vente ou de garder l'objet moyennant une forte indemnité [2]. Mais nous doutons que le système du droit romain, c'est-à-dire l'existence d'une double action *redhibitoria* et *æstimatoria* ait été admise dans le droit attique. Les textes d'Hypéride et des lexicographes ne font, en effet, aucune allusion à une action *æstimatoria* et parlent simplement de l'ἀναγωγή. D'un autre côté, l'action que Platon accorde à l'acheteur ne tend également qu'à la résolution de la vente, et il est probable qu'il a dû sur ce point imiter la législation positive [3].

Tous les textes relatifs à l'ἀναγωγή se réfèrent, ainsi que nous l'avons déjà dit, à l'hypothèse de la vente d'un esclave. La question s'est posée néanmoins de savoir si l'on ne pouvait pas étendre l'action rédhibitoire à d'autres cas, lorsque le vendeur avait livré un animal atteint de maladie ou, d'une manière générale, une chose impropre à l'usage que l'acheteur en voulait faire. La question est généralement résolue d'une manière affirmative, et l'on décide que le vendeur pouvait, dans tous les cas, être obligé de reprendre la chose vendue lorsque cette chose ne répondait pas à sa destination. On ne saurait admettre, dit-on, qu'une législation qui protégeait l'acheteur d'un esclave contre la fraude et même

mann, p. 168. La loi de Cnossos, autre cité crétoise, accorde à l'acheteur d'une bête à pied corné (bœuf, etc.) cinq jours pour résilier son acquisition. S'il use de cette faculté, il est tenu de payer une indemnité de 3 oboles par jour et par bête pour le travail fourni par ces bœufs. Si le vendeur refuse de reprendre sa bête, l'acheteur peut le chasser de chez lui devant témoins. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 399 et 48[illegible]. Cette faculté de résiliation ne paraît nullement subordonnée à la découverte d'un vice rédhibitoire.

(1) Cf. les auteurs cités, *supra*, p. 153, note 3.

(2) Guiraud, p. 275.

(3) Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 168, note 14, qui observent que l'ancien droit germanique ne connait pas non plus l'action en diminution du prix.

contre l'ignorance du vendeur, eût laissé sans défense tous les autres acquéreurs. On invoque en ce sens un texte de Lysias [1] qui applique l'ἀναγωγή à la constitution d'un cheval en gage. C'est aussi, ajoute-t-on, au droit d'Athènes que devait faire allusion Dion Chrysostome [2], lorsqu'il dit que l'on peut forcer le vendeur à reprendre le vêtement de mauvaise qualité qu'il a livré, ou un meuble mal confectionné, ou un animal malade ou impropre au service que l'acheteur en attend. La loi, il est vrai, et cela ne peut plus faire de doute depuis la découverte du plaidoyer d'Hypéride [3], ne visait *in terminis* que les ventes d'esclaves. Mais la jurisprudence a dû étendre par analogie la rédhibition aux autres hypothèses. C'est ainsi qu'à Rome, où l'édit des édiles ne visait textuellement que les *mancipia, jumenta et pecora* [4], les jurisconsultes ne tardèrent point à généraliser cette disposition et à l'appliquer à tous les objets mobiliers ou immobiliers [5]. Le droit attique a dû suivre le même développement, très rationnel du reste, car la théorie des vices rédhibitoires a pour fondement l'équité et le respect des conventions [6].

La généralisation de la δίκη ἀναγωγῆς, est, sans doute, fondée sur de puissantes considérations. Nous éprouvons néanmoins des doutes très sérieux sur sa légitimité. La théorie des vices rédhibitoires n'est, en effet, qu'une application spéciale à la vente de la nullité des contrats pour cause d'erreur ou de dol. Or nous avons admis que, dans le droit

(1) Lysias, *Accus. obtrect.*, § 10 (p. 307).

(2) Dion Chrysostome, X, 13 : ἐάν τις ἱμάτιον ἀποδῶται κίβδηλον ἢ σκεῦος ἢ κτῆνος νοσοῦν τε καὶ ἄχρηστον, ἀνάγκη αὐτὸ ἀπολαμβάνειν.

(3) Cf. Lipsius, *Bedeut. d. griech. Rechts*, p. 28, note 20.

(4) L. 1, § 1, l. 38, pr. et § 5, D. *De ædil. edict.*, XXI, 1.

(5) L. 1, pr. D. *ibid.*

(6) Cf. en ce sens : Platner, *Process*, t. II, p. 342 ; Buchsenschutz, p. 528 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 717 ; Lipsius, *in Bursians Jahresbericht*, t. II, p. 1406 ; Caillemer, *Contrat de vente*, p. 26-27 et *in* Daremberg et Saglio, vo *Anagogès dikè* ; Guiraud, p. 275. Thonissen, p. 406 enseigne que la peine du double frappait toutes les fraudes commises dans la vente des choses mobilieres.

attique, ni le dol, ni à plus forte raison l'erreur sur les qualités de la chose vendue ne sont une cause de nullité [1]. Donc *a priori*, l'existence d'un vice rédhibitoire ne saurait autoriser l'acheteur à critiquer le contrat. La loi a bien fait une exception relativement aux ventes d'esclaves, mais il ne nous paraît pas prudent d'étendre les dispositions de la loi à d'autres hypothèses, d'autant plus que rien, dans les divers textes relatifs à la δίκη ἀναγωγῆς, ne laisse supposer la possibilité d'une pareille extension. Les textes que l'on a allégués en sens contraire ne sont nullement décisifs. Ainsi le passage de Lysias, qui, du reste, est assez équivoque, a plutôt trait, selon nous, à la question des risques dans le contrat de gage qu'à celle des vices rédhibitoires [2]. Quand au texte de Dion Chrysostome, il est tout à fait arbitraire de l'attribuer au droit attique. Il est plus probable que le rhéteur, qui vivait au Ier siècle de notre ère et qui a longtemps résidé à Rome, s'est laissé influencer par la jurisprudence romaine qui, comme nous l'avons dit, avait en dernier lieu généralisé la règle posée dans l'édit des édiles pour les esclaves et les bêtes de somme seulement. On peut toutefois supposer que le droit attique avait fini par assimiler la vente des bêtes de trait à celle des esclaves. C'est du moins ce que l'on peut induire du texte d'Aristote [3] qui range également parmi les ἔμμηνοι δίκαι les actions résultant de ces deux catégories de ventes.

Section II

Contrat de louage.

Le louage est un contrat par lequel l'une des parties

(1) V. *supra*, p. 33 et s.
(2) V. *supra*, t. III, p. 284.
(3) V. *supra*, p. 152, note 1.

s'engage, moyennant une somme d'argent convenue, à procurer à l'autre la jouissance d'une chose déterminée et non fongible ou à exécuter pour elle un fait. Dans le louage, comme dans la vente, l'une des deux obligations a donc toujours pour objet un prix, mais le service rendu en échange du prix n'est pas toujours le même ; s'il a pour objet la jouissance d'une chose, le louage peut être appelé louage de choses; tandis que si le service a pour objet l'exécution d'un fait, il y a louage d'ouvrage. La théorie du droit attique concorde, dans ses grandes lignes, avec celle du droit romain et du droit moderne en ce qui concerne le contrat dont nous allons poser les règles en envisageant la double forme qu'il peut revêtir.

§ I. — *Louage de choses.*

Le contrat de louage de choses est un de ceux sur lesquels nous avons le plus de renseignements, et quelquefois d'une extrême précision. Nous possédons, en effet, du moins en ce qui concerne les baux immobiliers, d'une part, des lois qui énoncent les conditions générales des baux, d'autre part une série de contrats qui nous ont été textuellement conservés. Il y a aussi une série d'inscriptions autres que des règlements et des baux qui fournissent des indications précieuses sur les contrats de louage [1]. La plupart de ces documents ont trait, il est vrai, à des locations de terres sacrées ou publiques, et on n'en rencontre jusqu'à présent que deux qui soient d'ordre privé. Mais les baux conclus entre deux particuliers devaient évidemment être établis d'après les mêmes principes que ceux qui intervenaient entre un particulier et une personne morale de droit public, comme un temple ou une cité. Il est donc possible,

(1) V. pour l'indication des documents épigraphiques : Euler, p. 4-5 ; Reinach *Epigr. gr.*, p. 398 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 251 et s.

sauf quelques lacunes peu importantes, que des découvertes nouvelles viendront sans doute combler, de construire une théorie complète du louage des choses dans le droit attique.

A. — *Objet du louage de choses.*

Toute chose corporelle peut figurer valablement dans un contrat de louage, pourvu qu'elle soit dans le commerce. Il faut toutefois que la chose soit envisagée comme corps certain [1], d'où il résulte qu'en fait les choses qui se consomment par le premier usage feront rarement l'objet d'un contrat de louage et qu'elles entreront plutôt dans un prêt de consommation (δανεισμός). Quant aux choses incorporelles, le droit romain décidait que les seules qui par elle-mêmes pussent faire l'objet d'un bail principal et distinct étaient l'usufruit, l'emphytéose et la superficie. Nous ne possédons à ce sujet aucun renseignement pour le droit attique, mais il est probable que les mêmes solutions étaient admises à Athènes pour l'usufruit et l'emphytéose, qui présentaient les mêmes caractères de réalité qu'à Rome.

Les meubles, aussi bien que les immeubles, peuvent être l'objet d'un contrat de louage. Ainsi les orateurs parlent plusieurs fois de louage de bêtes de somme [2]. Il y avait même à Athènes un proverbe judiciaire tiré d'un contrat de ce genre. On racontait qu'un voyageur, qui avait loué un âne, ayant eu l'idée de cheminer à l'ombre de sa monture

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 723.

(2) Eschine parle à deux reprises différentes du louage des mulets (*De mal. gest. legat*, § 111 et *C. Ctesiph.*, § 76. Démosthène (*C. Phœnip.*, § 7) parle de six ânes qui portaient du bois et dont Phénippe tirait plus de douze drachmes par jour ; mais cette somme représentait plutôt le prix du bois transporté que celui de la location des ânes : Cf. Bœckh, t. I. p. 126-127 ; Hermann-Thalheim, p. 98, note 1. Quant à cet individu qui, d'après Démosthène (*C. Mid.*, § 174) conduisait les processions sur un cheval d'emprunt (ἐπ' ἀλλοτρίου), on ne peut dire si c'était sur un cheval loué ou sur un cheval prêté. Cf. Hermann-Thalheim, *loc. cit.*

pour se garantir contre les ardeurs du soleil, fut traîné en justice par le propriétaire de l'âne sous prétexte que la location de l'ombre de cet animal n'avait pas été comprise dans le contrat. D'où l'expression plaider sur l'ombre d'un âne, περὶ ὄνου σκιᾶς, qui était devenue synonyme de plaider sur un rien [1].

Les esclaves qui, au point de vue juridique, sont assimilés à une bête de somme, à un instrument animé (ὄργανον ἔμψυχον), peuvent faire l'objet d'un contrat de louage, et, comme nous l'avons précédemment indiqué, on trouve fréquemment dans les anciens auteurs des exemples d'un pareil emploi des esclaves par leurs maîtres [2].

Parmi les biens mobiliers pouvant figurer dans un contrat de louage, nous citerons encore les navires. Le fret, ναῦλον, ou prix de la location (affrètement) du navire, est formellement assimilé par les anciens auteurs au loyer qu'un propriétaire retire de la location d'une maison [3], et celui-ci est même désigné quelquefois par le mot ναύκληρος [4].

Les plaidoyers de Démosthène nous montrent un cas de location d'une banque. Pasion loue à son affranchi Phormion, moyennant une redevance de deux talents et quarante mines, sa maison de banque dont l'actif comprenait non seulement les propres capitaux de Pasion (ἰδία ἀφορμή) mais encore onze talents provenant de dépôts faits à la banque [5].

C'était en matière immobilière que le contrat de louage présentait à Athènes le plus d'importance, et la plupart des

(1) Cf. Scholies sur Platon, *Phæd.*, p. 260 c ; Aristophane, *Vesp.*, 191 ; Suidas, v° ὄνου σκιά.

(2) V. *supra*, t. II, p. 442.

(3) Pollux, I, 75 : καὶ τὸν ὑπὲρ τῆς καταγωγῆς μισθὸν ναῦλον, ὅπερ ἐνοίκιον ὁ οὐ παρὰ τοῖς πολλοῖς μόνον, ἀλλὰ καὶ τοῖς παλαιοῖς καλεῖται.

(4) Pollux, X, 20 : τὸν μὲν οὖν παντὸς οἴκου δεσπότην ὅτι καὶ ναύκληρον.

(5) Demosthène, *Pro Phorm.*, §§ 8 et s. et *C. Steph.*, I, § 31. Cf. Platner, *Process*, t. 2, p, 346.

documents que nous possédons sur ce contrat sont également relatifs à des locations d'immeubles. Le contrat de bail était pour plusieurs raisons d'un emploi fréquent en matière immobilière. C'est d'abord qu'il existait sur le territoire de l'Attique des domaines appartenant à des personnes morales, temples, dèmes ou cité, et que l'on ne pouvait guère faire valoir qu'en les affermant. D'autre part, les baux d'immeubles urbains étaient très nombreux en raison de l'impossibilité où se trouvaient les étrangers d'être propriétaires d'immeubles dans l'Attique. Les métèques domiciliés à Athènes ne pouvaient donc se loger que dans des maisons de location. De même les étrangers appelés à Athènes par la curiosité, par les exigences de leur commerce ou par les procès qu'ils avaient à soutenir devant les tribunaux de la métropole, avaient recours à des locations temporaires. Aussi, comme nous l'avons déjà observé, le louage des maisons était-il devenu une véritable industrie à Athènes [1].

Le contrat de location peut, dans le droit attique, s'appliquer non seulement à une ou plusieurs choses déterminées, mais encore à la totalité ou à une fraction du patrimoine. C'est, en effet, à un contrat de ce genre que, comme nous l'avons vu, on recourt en cas de tutelle (μίσθωσις οἴκου), lorsque le tuteur n'administre point lui-même les biens du pupille [2].

La location d'une chose comprend naturellement celle des accessoires de cette chose. Ainsi, dans le bail d'un immeuble seraient comprises les servitudes actives attachées à cet immeuble. Nous n'avons, sans doute, aucun texte qui pose formellement le principe en question, mais on peut l'induire du contrat de location passé entre le banquier Pasion et son affranchi Phormion, car on y voit que la loca-

(1) V. *supra*, t. III, p. 97.
(2) V. *supra*, t. II, p. 238 et s.

tion de la maison de banque comprenait le mobilier qui la garnissait et qui était nécessaire pour l'exploitation de l'affaire [1].

Le contrat de location n'était point, du reste, usité seulement dans les rapports de droit privé, il était aussi, à Athènes, d'un emploi très fréquent dans le droit public au point de vue de la perception des impôts. L'Etat, en effet, ne percevait point directement les impôts ou péages, τέλη, mais il les affermait, ou, suivant l'expression grecque, il les vendait, car le fermier (τελώνης) devenait, pour la durée du bail, propriétaire, à ses risques et périls, du revenu de l'impôt, moyennant une somme à verser annuellement dans les caisses de l'Etat [2].

B. — *Formes du contrat de louage.*

Le contrat de louage, de même que le contrat de vente, et à plus forte raison, se forme par cela seul qu'à l'intention réciproque de s'obliger se joint l'accord des volontés sur l'objet des deux obligations [3]. Il n'est nullement besoin que l'échange des consentements ait lieu dans une forme solennelle ou soit confirmé par un serment quelconque. On a prétendu, il est vrai, que le preneur prêtait, au moment du contrat, un serment pour confirmer ses obligations [4]. Mais l'état de l'inscription sur lequel on s'est fondé pour le décider ainsi ne permet point d'en tirer une conclusion certaine [5].

Le bailleur, simple particulier ou personne morale, avait

(1) Démosthène, *C. Steph.*, I, § 32.

(2) V. sur l'affermage des impôts : Bœckh, t. 1, p. 384, et s.; Schœmann-Galuski t. I, p. 513 ; Gilbert, I, p. 394 ; Caillemer, *Contrat de vente*, p. 34 et s.

(3) Euler, p. 5. Cet auteur cite en ce sens deux inscriptions : *Corp. inscr. græc.*, II, 2693, v. 5 et s. et 2694, v. 15 et s.

(4) Haussoulier, *in Bulletin*, III, p. 253.

(5) Euler, p. 5.

soin, lorsqu'il s'agissait de la location d'un immeuble, de publier d'une manière quelconque son intention de louer ainsi que les conditions du bail [1]. Si les deux parties étaient de simples citoyens, elles débattaient entre elles les conditions, et pouvaient se contenter d'un bail verbal. Mais on préférait toujours, en raison de l'importance du contrat, en consigner les clauses par écrit. Théophraste nous dit que c'était l'habitude à Thasos [2], et il n'y a pas de motif pour que les Athéniens aient été moins prudents que les habitants de Thasos. On consignait donc par écrit les conventions, συνθῆκαι, ainsi qu'on le voit dans le plaidoyer de Démosthène à propos du bail de la banque de Pasion [3], et l'acte était ensuite déposé soit entre les mains d'un particulier, soit dans un temple, comme cela se pratiquait en général pour les contrats importants [4]. On se bornait habituellement à graver le contrat à la pointe ou à le transcrire au pinceau sur un tesson de vase ou sur quelque autre matière aussi fragile ; c'est ce qui explique que l'on n'ait conservé qu'un bail athénien, conclu entre deux particuliers [5]. C'est seulement lorsqu'il s'agissait d'un bail à longue durée, comme en cas de bail emphytéotique, que l'on songeait à graver le contrat sur pierre ou sur marbre, afin de mieux le garantir contre les chances de destruction [6]. On n'avait point songé, d'ailleurs, à donner au

(1) Büchsenschütz, p. 90 ; Euler, p. 5.

(2) Théophraste, *De causis plantarum*, II, 11, 3.

(3) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 4 : συνθῆκαι καθ' ἃς ἐμίσθωσε Πασίων τὴν τράπεζαν τούτῳ. Il s'agit bien ici d'un bail écrit, ainsi que le prouvent ces mots du § 6 : ἐγράφη εἰς τὴν μίσθωσιν. Démosthène mentionne, du reste, cet acte dans son premier plaidoyer contre Stéphanos, § 31. Le discours contre Panténète, § 5, parle d'un écrit où sont constatées à la fois une vente et une location de la même chose : τιθέμεθα συνθήκας, ἐν αἷς ἥ τε μίσθωσις ἦν γεγραμμένη καὶ λύσις τουτῷ παρ' ἡμῶν ἔν τινι ῥητῷ χρόνῳ.

(4) Euler, p. 6 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 261.

(5) L'inscription est malheureusement très mutilée. Cf. *Mittheilungen*, XIV (1889), p. 137.

(6) C'est ainsi que nous a été conservé le bail emphytéotique de Gambréion (Asie-Mineure) : *Corp. inscr. gr.*, 3561. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 257 et 262 ; Euler, p. 6 ; Guiraud, p. 424.

contrat de louage ordinaire la publicité que l'on donnait à d'autres conventions, comme aux conventions hypothécaires [1]. Lorsqu'il s'agissait, au contraire, de la location de biens appartenant à des personnes morales, temple, tribus, dèmes ou autres, il était nécessaire de porter le contrat à la connaissance de tous et on le gravait sur une matière durable. Les loyers ou fermages figuraient, en effet, dans les comptes du dieu ou de l'association, et comme le bail, consenti habituellement pour un temps assez long, devait être consulté par une série de magistrats ou d'administrateurs, il fallait qu'il fût publié et qu'il demeurât à leur disposition. C'est pour ce motif que nous possédons, gravés soit sur pierre, soit sur bronze, un certain nombre de baux de biens publics ou sacrés. Le contrat désignait même ordinairement celle des deux parties à qui incomberait le soin de faire graver les conventions sur pierre ou autrement [2].

Ce n'est pas au point de vue de leur constatation seulement que les baux consentis par des personnes morales se distinguent de ceux qui interviennent entre de simples particuliers. Leur conclusion était soumise à l'observation de certaines formalités. Le contrat est passé habituellement par les représentants de la personne morale. Ces représentants sont tantôt les magistrats ou les agents ordinaires de la cité, de la corporation ou du dieu, comme le roi et les polètes à Athènes, lorsqu'il s'agit des biens de la République [3], ou le

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 261.

(2) Cf. le bail passé par les administrateurs des Kythériens, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 142, § 6 : ἀναγράψαι δὲ τάσδε τὰς συνθήκας [illegible] ἐν στήλῃ λιθίνῃ καὶ στῆσαι παρὰ τὸν ἥρω. Dans le contrat de bail du dème d'Aixoné, en Attique, ce sont les trésoriers du dème à qui incombe la charge de faire graver l'acte sur deux stèles de marbre dont l'une doit être placée dans le sanctuaire d'Hébé et l'autre dans la Lesché. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 6, l. 20-23.

(3) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 47 ; *Corp. inscr. att.*, IV, II, 53, a, l. 11 et s.; Ἐφημ. ἀρχαιολ., 1883, p. 122 B, l. 30-32. On rencontre encore un ταμίας et des ἐπιμεληταὶ agissant pour une tribu (*Corp. inscr. græc.*, I, 104, des [illegible]

démarque, s'il s'agit des biens du dème, tantôt des commissaires spécialement élus pour la circonstance [1]. Des inscriptions étrangères à l'Attique signalent soit l'intervention des voisins, comme à Olymos [2], soit une passation du contrat devant les juges, comme à Mylasa [3]. Le contrat peut également être passé par la corporation tout entière réunie en assemblée. Tel est le cas du contrat de bail consenti par le dème d'Aixoné [4].

Lorsque le bail n'est point passé directement par l'association elle-même, comme dans le cas que nous venons de citer, ses représentants n'ont point la faculté de louer à leur fantaisie. Ils devaient se conformer aux lois ou décrets qui régissaient la matière, en général, ou aux règlement spéciaux qu'il plaisait au peuple d'édicter pour un cas particulier. C'est ainsi qu'à Athènes l'archonte-roi, chargé de la location du domaine sacré de Néleus et de Basilé, devait se conformer à la loi concernant les domaines sacrés, κατὰ τὸν νόμον ὅσπερ κεῖται περὶ τῶν τεμενῶν [5]. La loi athénienne ne nous est point parvenue et Aristote, en mentionnant les fonctions du roi à cet égard, se borne à nous en faire connaître quelques dispositions [6]. Mais la loi de Délos nous a été conser-

pour Zeus Téménitès à Amorgos (*Mittheilungen*, I (1876), p. 343), des μισθωταί pour Apollon et Artémise à Olymos, (Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, 323-324), des ταμίαι de la tribu à Mylasa (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 248, § 9). l'ἄρχων de la gens des Clytides a Chio (*Bulletin*, III (1879) p. 244 et s.), les polianomes d'Héraclée pour Dionysos, (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 200, l. 95). Cf. Euler, p. 7-10.

(1) *Mittheilungen*, XIV, p. 381, l. 5 et 19.

(2) Le Bas-Waddington, *loc. cit.*, l. 4.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 248, § 9, l. 14.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, l. 1 : κατὰ τάδε ἐμίσθωσαν Αἰξωνεῖς. Cf. Haussoulier, *Vie Municipale*, p. 69. Le bail de la phratrie des Dyaliens est également consenti par tous les Dyaliens (τὸ κοινὸν Δυάλειον) et deux phratriarques (*Corp. inscr. att.*, II, 600). Cf. Euler, p. 7.

(5) *Corp. inscr. att.*, IV, 53 a, p. 66, l. 25.

(6) Aristote, *Const. des Athén.*, c, 47 : εἰσφέρει δὲ καὶ ὁ βασιλεὺς τὰς μισθώσεις τῶν τεμενῶν ἀναγράψας ἐν γραμματείοις λελευκωμένοις. ἔστι δὲ καὶ τούτων ἡ μὲν

vée [1] et il y a tout lieu de croire que les deux lois, sans être absolument identiques, devaient présenter de grandes analogies [2]. Lorsqu'il s'agissait de biens appartenant au peuple, les conditions du bail, c'est-à-dire le cahier des charges, étaient également arrêtées à l'avance par l'assemblée des citoyens. Le décret rendu soit pour la location de tous les biens du domaine public, en général, soit pour l'affermage de tel ou tel domaine, entrait dans les détails les plus minutieux et enlevait presque toute initiative aux magistrats [3]. Quelquefois même le peuple se réservait le droit d'approuver l'acte de location, de sorte que nous ne connaissons plusieurs contrats de ce genre que grâce aux décrets qui les ont sanctionnés [4].

C'est aux enchères qu'avait lieu, en principe, l'adjudication des biens sacrés ou publics. A Athènes, l'adjudication des biens sacrés avait lieu, sans doute, au Portique royal, sur l'agora. Les choses se passaient ainsi, en effet, à Délos, où les domaines du dieu étaient mis aux enchères sur l'agora par le crieur et adjugés sur l'offre la plus haute [5]. Pour les biens appartenant aux dèmes, aux tribus et aux phratries, c'était probablement dans l'assemblée de l'association qu'ils étaient adjugés [6]. L'adjudication peut, du reste, avoir

μίσθωσις εἰς ἔτη δέκα, καταβάλλεται δ'ἐπὶ τῆς θ' πρυτανείας. Cf. *Bulletin*, XIII, (1889), p. 434 ; *Corp. inscr. att.*, IV, p. 66, l. 11-12 ; Ἐφημ. ἀρχ., 1883, p. [illegible], l. 30.

(1) V. Homolle, *Les archives de l'intendance sacrée à Délos*, p. 119 et s. ; *Bulletin*, VI, (1882), p. 63 ; XIV, (1890) p. 421 et 430. Dans les comptes déliens où elle est si souvent citée, cette loi est ordinairement désignée sous le nom de συγγραφή ou ἱερὰ συγγραφή.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 251 ; Guiraud, p. 424.

(3) V. le règlement général des baux à ferme pour les biens du dème du Pirée, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236.

(4) *Corp. inscr. att.*, II, 600, 1055 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 2[illegible].

(5) Homolle, *in* Bulletin, XIV, p. 430. Suivant cet auteur, l'adjudication pouvait vraisemblablement se faire sur une seule enchère et sur une enchère d'une drachme.

(6) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 263.

lieu non pas seulement en faveur de celui qui fait l'enchère la plus haute, mais aussi de celui qui présente le plus de garanties [1]. Peut-être, pour contrôler les garanties offertes par l'adjudicataire, ceux qui se proposaient d'affermer des biens publics ou sacrés devaient-ils préalablement déclarer leur intention. C'est ce que l'on voit dans une inscription béotienne du temps de l'Empire, et l'on a conjecturé que cette liste d'amateurs des biens mis en location devait être publiée afin qu'il fût loisible à tout citoyen de dénoncer aux magistrats ceux qui ne remplissaient pas les conditions requises pour être fermiers [2]. Une autre inscription béotienne de la même époque porte que si un particulier veut prendre à bail une terre publique, il devra remettre à tel magistrat un écrit indiquant la parcelle qu'il désire affermer et le montant du fermage qu'il offre [3]. On a voulu voir là une sorte d'adjudication sur soumissions cachetées [4]. Dans tous les cas, nous ne trouvons dans le droit attique aucune trace des deux dernières institutions.

Le bail des terres publiques ou sacrées, une fois conclu, est, avons-nous dit, gravé sur pierre ou sur bronze. Si toutefois les conditions du bail contenues dans le règlement général avaient déjà été gravées de la sorte, il est probable que, pour simplifier, on ne prenait pas la peine de rédiger un nouveau contrat pour chacun des adjudicataires : on se bornait à ajouter au premier document les noms des preneurs, l'indication du terrain pris à ferme, le montant du fermage et enfin, le cas échéant, le nom des cautions.

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 570, l. 20 : ὅστις ἂν πλεῖστον τόκον διδῷ ὃς ἂν πείσθη τοὺς δανείζοντας ἄρχοντας τιμήματι ἢ ἐγγυητῇ. Cf. Hermann-Thalheim, p. 95, note 1.

(2) Dittenberger, *in Inscr. Græc. sept.*, n° 2446.

(3) *Inscr. Græc. sept.*, n° 2226.

(4) Guiraud, p. 425.

(5) Bœckh, t. 1, p. 376 ; Euler, p. 6 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 252.

C. — *Effets du louage.*

Ces effets consistent en des obligations réciproques dont nous allons successivement déterminer l'étendue en ce qui concerne d'abord le bailleur, puis le preneur.

Obligations du bailleur. — Le bailleur doit, avant tout, procurer au preneur la jouissance de la chose pendant toute la durée du bail, *præstare frui licere*, pour employer l'expression romaine, ou, en d'autres termes, le preneur est investi d'une créance qui a pour objet tant l'usage proprement dit que les fruits [1]. Cette obligation du bailleur ne lui interdit pas seulement les actes qui seraient de nature à troubler la jouissance du preneur ; elle entraîne aussi par voie de conséquence certaines obligations positives. Ainsi d'abord il doit livrer la chose avec tous ses accessoires compris expressément ou tacitement dans le bail. Cette règle ne figure point, il est vrai, dans les documents qui nous sont parvenus, mais c'est probablement parce qu'on a jugé la précaution surperflue, car il s'agit là d'une obligation qui dérive de la nature même du contrat de bail. La tradition de la chose louée ne confère, du reste, au preneur, dans les baux ordinaires, aucun droit réel.

Comme corollaire de son obligation de faire jouir le preneur, le bailleur est tenu de faire les réparations dont la chose louée a besoin. Il est toutefois assez difficile de dire si l'on doit faire à cet égard la distinction entre les réparations locatives et les grosses réparations, celles-ci seulement étant à la charge du bailleur, tandis que les premières incombent au locataire. Si l'on se réfère aux comptes déliens concernant la location des maisons sacrées, on pourrait croire que toutes les réparations sont à la charge du

(1) Cf. Accarias, t. 2, n° 616.

bailleur [1]. D'autre part, le contrat de location des domaines de Zeus Téménitès à Amorgos met à la charge du preneur les réparations d'entretien. Ainsi les murs extérieurs du domaine affermé doivent être tenus clos et remis clos à la fin du bail; de même les toitures doivent être maintenues étanches et imperméables par l'application d'un enduit qui sera renouvelé lors de la remise des bâtiments [2]. Le règlement du dème du Pirée décide pareillement que la maison louée ayant été remise en bon état et garnie de sa couverture, le fermier devra la rendre de même [3]. Nous serions, en conséquence, porté à croire que les comptes déliens ne se réfèrent qu'aux grosses réparations et que les réparations locatives incombent, en principe, au preneur [4]. La question des réparations devait, du reste, être ordinairement réglée par une clause spéciale du contrat, et les grosses réparations pouvaient exceptionnellement être mises à la charge du preneur dans les baux à longue durée [5].

L'obligation qui pèse également sur le bailleur de garantir le preneur contre toute éviction, n'est qu'une continuation de son obligation de délivrer la chose et d'en faire jouir le locataire. L'éviction subie par le preneur se rattache nécessairement à l'une des deux causes suivantes. Ou bien le bailleur n'était pas propriétaire de la chose louée, et alors le preneur doit, comme tout autre ayant-cause, subir la dépossession dont il est l'objet de la part du véritable propriétaire. Ou bien le bailleur, propriétaire de la chose au jour du contrat, l'a aliénée ultérieurement. Dans ce dernier cas, le preneur, n'ayant point de droit réel, ne peut se pré-

(1) Cf. Homolle, *in Bulletin*, XIV (1890), p. 437. On voit dans les comptes que les mêmes dépenses se renouvellent chaque année dans l'une ou l'autre des maisons louées par le dieu.

(2) V. Homolle, *in Bulletin*, XVI (1892), p. 284 et 293.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 6, l. 22-24.

(4) Cf. en ce sens Homolle, *loc. cit.*, p. 284, note 4.

(5) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, § 3, l. 15-17 ; V. *infra*, p. 201-202.

valoir de l'antériorité de son titre vis-à-vis de l'acquéreur. Celui-ci, dont le droit est plus fort que celui du locataire, peut expulser ce dernier, à moins qu'il ne se soit obligé, par une clause formelle de son acte d'acquisition, à respecter le bail : ces solutions, consacrées par la loi romaine [1], devaient également être admises dans la législation athénienne où le droit du preneur avait le même caractère.

Il nous faut toutefois examiner la portée de certaines clauses que l'on rencontre dans des baux athéniens et qui avaient pour but de garantir le preneur contre le danger que nous venons de signaler. Dans le bail du dème d'Aixoné, les bailleurs, louant un immeuble pour quarante ans, s'interdisent de le vendre ou de le louer à personne autre avant l'expiration de ce délai [2]. De même, dans un bail à loyer, autant du moins qu'on peut le conjecturer eu égard au mauvais état de l'inscription, le propriétaire s'engage à ne pas prendre un autre locataire après la passation du premier contrat de bail [3]. En ce qui concerne d'abord l'interdiction de ne pas vendre la chose louée, nous ne pensons pas qu'elle soit opposable à l'acquéreur, lorsque celui-ci n'y a pas adhéré, car il s'agit là d'une obligation personnelle du bailleur à laquelle l'acquéreur ne succède point [4]. La clause en question, si elle ne protège pas le preneur contre l'expulsion de l'acquéreur, lui fournit cependant une garantie, en ce sens qu'elle l'autorise à intenter une action βλάβης contre le vendeur en cas de contravention. C'est, du reste, ce que

(1) L. 9. C. *De loc.*, IV, 65 ; l. 25, § 1. D. *Loc. cond.*, XIX, 2.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, l. 9-12 : μὴ ἐξεῖναι δὲ Αἰξωνεῦσι μήτε ἀποδόσθαι μηδενὶ μήτε μισθῶσαι ἄλλῳ ἕως ἂν τετταράκοντα τὰ ἔτη ἐξέλθῃ.

(3) Szanto (*in Mittheilungen*, XIV, p. 141) a proposé la restitution suivante de l'inscription : καὶ μὴ ἐξέστω μετὰ ταῦτα σύνοικον [illegible] ὁ [illegible] διπλῆν.

(4) Guiraud (p. 428) dit, au contraire, mais sans en donner aucun motif juridique : « J'imagine que la vente d'une terre n'entrainait pas l'annulation du bail ».

décide formellement le bail des Aixonéens, dont un article dispose que si, avant l'expiration de quarante années, quelque démote fait ou met aux voix une proposition contraire aux clauses du bail, les fermiers auront le droit de lui intenter une action en dommages-intérêts [1], action entraînant une condamnation au double. Or, la crainte d'une semblable condamnation devait détourner le bailleur de vendre la chose louée ou tout au moins devait-il, en cas d'aliénation, exiger de l'acquéreur le respect du bail antérieur [2]. Quant à la clause prohibitive d'un nouveau bail, elle a pour objet, selon nous, de mettre le locataire à l'abri des ennuis que pourrait lui causer un procès avec le second locataire. On peut supposer qu'après la passation du premier bail, mais avant la délivrance de la chose louée, le bailleur ait loué la même chose à une autre personne qu'il a mise en possession. Ici le droit du premier locataire est le plus fort, et celui-ci peut obtenir l'expulsion du second locataire à qui le preneur n'a pu donner un droit qu'il avait déjà concédé. Mais qu'il agisse ou non contre le second locataire, le premier en date peut intenter contre le bailleur une action βλάβης, ou lui réclamer le montant de la clause pénale stipulée. Il peut aussi, croyons-nous, s'il le préfère, agir par la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως [3].

En cas d'usurpation commise par des tiers, notamment par des voisins sur les biens loués, le fermier peut agir directement contre eux, et si ces tiers sont condamnés à une amende à raison des dégât qu'ils ont commis, le fermier

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 240, § 9, l. 29-31 : ἐὰν δέ τις εἴπει ἢ ἐπιψηφίσει παρὰ τάσδε τὰς συνθήκας, πρὶν τὰ ἔτη ἐξελθεῖν τὰ τετταράκοντα, εἶναι ὑπόδικον τοῖς μισθωταῖς τῆς βλάβης.

(2) Cf. la garantie que promettent les μερῖται des Kythériens : Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, § 5, l. 23-25.

(3) Cf. Szanto, *loc. cit.*; Euler, p. 18-19. Caillemer (*Contrat de Louage*, p. 14) se borne à signaler les clauses en question sans en déterminer l'effet.

garde l'amende pour lui. C'est du moins ce qu'on lit dans le contrat emphytéotique d'Héraclée [1], et cette solution doit avoir été généralement admise pour tous les baux. Lorsque, comme cela avait lieu à Amorgos, on confisquait les bestiaux que leur propriétaire a conduits indûment sur les terrains loués par un temple [2] on peut présumer que le fermier en recevait une part [3]. Le bailleur conserve, du reste, le droit d'agir contre les usurpateurs, et c'est même son devoir, puisqu'il est tenu de procurer au preneur la jouissance complète du bien loué. Aussi voit-on souvent que le bailleur allait vérifier par lui-même si les bornes étaient toujours au même endroit [4]. Au surplus, pour prévenir autant que possible toute contestation, avait-on soin d'aborner les terrains loués. La pose et la vérification périodique des bornes étaient un devoir des administrateurs des domaines publics ou sacrés [5].

(*b*) *Obligations du preneur*. — Le preneur ne peut entrer en jouissance du bien loué qu'après avoir fourni des cautions dont nous parlerons ultérieurement en étudiant la sanction des obligations du locataire.

Une fois le bail en cours, la principale obligation du preneur consiste à en payer le prix de location, la *merces* du droit romain, dans le droit grec, μισθός, μίσθωσις ou ἐνοίκιον, suivant qu'il s'agit bien d'un rural ou d'une maison. Ce prix, au lieu d'être, comme dans le contrat de vente, payable en une

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 204, § 8, l. 128-130 : αἰ δέ τίς κα ἐπιβῇ ἢ νέμει ἢ φέρει τι τῶν ἐν τᾷ ἱαρᾷ γᾷ ἢ τῶν δενδρέων τι κόπτῃ θραύῃ ἢ πρίῃ ἢ ἄλλο τι σίνηται, ὁ μεμισθωμένος ἐνδικαξῆται ὡς πλείστων, καὶ ὅτι κα λάβῃ αὐτὸς ἑξεῖ. Cf. Homolle, *in Bulletin*, XV, p. 606.

(2) *Bulletin*, XVI, p. 279, l. 35-37.

(3) Guiraud, p. 429.

(4) Cf. *Corp. insc. att.*, II, 565 : οἱ ἐπιμεληταὶ οἱ ἀεὶ καθιστάμενοι κατ' ἐνιαυτὸν βαδίζοντες ἐπὶ τὰ κτήματα δὶς τοῦ ἐνιαυτοῦ ἐπισκοπῶνται τά τε χωρία εἰ γεωργεῖται κατὰ τὰς συνθήκας καὶ τοὺς ὅρους εἰ ἑστήκασιν κατὰ τὰ αὐτά. Cf. Contrat de location d'Amorgos, *in Bulletin*, XVI, p. 294.

(5) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 262 ; Euler, p. [illegible] ; Homolle *in Bulletin*, XVI, p. 286.

fois, se décompose en une série de prestations exigibles à des époques périodiques. Il y a aussi une autre différence fort importante entre l'obligation du locataire et celle de l'acheteur, c'est que l'obligation du preneur est corrélative à celle du bailleur ; elle a un caractère successif par cela que la jouissance de la chose louée lui est fournie d'une manière successive. De ce principe général, le droit romain, comme les législations modernes, ont tiré plusieurs conséquences que l'on rencontre également dans le droit grec. Ainsi l'on voit dans le contrat de bail des Aixonéens que, s'il survient quelque trouble ou destruction dans la jouissance du preneur par fait de guerre, le dème bailleur ne pourra plus exiger que la totalité du fermage stipulé en argent lui soit payée, mais devra se contenter de recevoir en nature la moitié des fruits produits par l'immeuble [1]. Le bail de la phratrie des Dyaliens renfermait une disposition analogue, autant du moins qu'on peut en juger, eu égard au mauvais état de l'inscription [2]. On peut généraliser ces dispositions et en conclure qu'il y a lieu à réduction ou à remise du fermage si la jouissance du fermier est entravée par un fait de guerre. Mais peut-on pousser la généralisation plus loin et, en étendant à tous les cas fortuits ce qui est admis pour le cas de guerre, dire que si par suite de circonstances accidentelles et imprévues, la récolte d'une année se trouve anéantie ou presque insignifiante, le fermier peut exiger la remise de la prestation correspondante ? Cette solution était, sans doute, admise en droit romain, mais jusqu'à présent rien ne prouve d'une façon certaine qu'elle ait été également reçue dans le droit grec. Au surplus, dans l'hypothèse du métayage, qui paraît avoir été assez

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 3, l. 12-14 : ἐὰν δὲ πολέμιοι ἐξείργωσι ἢ διαφθείρωσί τι, εἶναι Αἰξωνεῦσιν τῶν γενομένων ἐν τῷ χωρίῳ τὰ ἡμίσεα.

(2) *Corp. inscr. att*, II, 600. Cf. Hermann-Thalheim, p. 97, note 1. La même règle se retrouve, comme nous le verrons, dans les baux emphytéotiques. V. *infra*, p. 199.

fréquente en Grèce, du moins à l'origine, l'insuffisance ou la perte de la récolte est supportée proportionnellement par le bailleur et par le métayer.

Le taux des fermages paraît avoir été assez élevé. Xénophon [1] observait spécialement que la construction des maisons était une opération avantageuse. Ainsi deux maisons situées en Attique, dont l'une avait été achetée 3000 drachmes et dont l'autre valait 500 drachmes, rapportaient ensemble annuellement trois mines, ou 8,57 pour cent [2]. Dans le bail du dème des Kythériens, des immeubles, dont la valeur est estimée à sept mines, au point de vue de l'impôt, et qui comprennent un atelier situé au Pirée, une maison d'habitation et une maisonnette, sont loués moyennant 54 drachmes par an, ce qui fait un placement à 7,81 pour cent [3]. Si le taux est ici inférieur à celui du cas précédent, c'est probablement parce que le bail impose au locataire l'obligation de faire certaines réparations [4]. Les terres rapportaient naturellement un peu moins que les habitations. Ainsi un domaine rural situé à Thria, et estimé deux talents et demi, était loué douze mines [5], par conséquent au taux de 8 pour cent. Dans le bail de la phratrie des Dyaliens, deux domaines situés en Attique donnent un revenu de 12 pour cent, mais ils comprennent aussi une maison [6]. On a prétendu que le taux de location des maisons était souvent beaucoup plus considérable et qu'il pouvait s'élever jusqu'à 18 pour cent [7]. Mais cette affirmation ne repose sur

(1) Xénophon, *Œconom*. 3, 1.

(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 42.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 240, XIII ter.

(4) Caillemer, *loc. cit.*, p. 9; Fraenkel, *in Hermes*, XVIII, p. 317.

(5) Isée, *De Hagn. her.*, § 42.

(6) *Corp. inscr. att.*, II, 600. A Amorgos, le propriétaire de divers immeubles valant 5000 drachmes, et comprenant, outre des terres, une maison d'habitation et une poterie, les loue pour 500 drachmes, c'est-à-dire au taux de 10 pour cent.

(7) De la Barre, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1868, t. 83, p. 268.

aucune preuve. Si, dans certains cas exceptionnels, quand il y avait à Athènes affluence d'étrangers, le loyer des maisons a pu s'élever au-dessus des taux que nous avons indiqués, par contre, dans d'autres circonstances, notamment après l'anarchie qui avait considérablement réduit le chiffre de la population, nombre de maisons ne rapportaient rien ou presque rien à leurs propriétaires [1]. D'une manière générale, le loyer des immeubles était sensiblement inférieur à l'intérêt des capitaux, ce qui s'explique par les risques moins grands courus par le propriétaire [2]. Lorsque le bail était fait pour de longues années, comme dans les baux emphytéotiques, le fermage descendait encore au-dessous des chiffres précités [3]. Il semble d'ailleurs, si l'on s'en rapporte au témoignage de Démosthène, intéressé, il est vrai, à grossir les chiffres, que le taux de la location ait été beaucoup plus élevé lorsque l'objet du bail était l'οἶκος d'un pupille. Nous en avons indiqué précédemment la raison [4].

Le loyer ou fermage est, en principe, payable en argent. C'est ce que l'on voit, par exemple, dans les baux consentis par les dèmes attiques [5]. Dans d'autres contrats, lorsqu'il s'agit de biens ruraux, le fermage est stipulé payable en nature. Tel est le cas pour un bail de biens sacrés à Eleusis [6]. De même, dans le célèbre contrat d'Héraclée, le fermage consiste en une certaine quantité de mesures d'orge [7]. Quelquefois aussi la rente est payable partie en

(1) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 9 ; Bœckh, t. I, p. 178.

(2) Cf. sur les placements en immeubles : Büchsenschütz, p. 88 et s. ; Bœckh, *loc. cit.*

(3) V. *infra*, p. 200.

(4) V. *supra*, t. II, p. 247.

(5) Bail des Aixonéens, 152 drachmes par an ; bail des Kythériens, 54 drachmes par an : Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 1 et p. 242, § 2. Cf. le bail des Piréens, *ibid.* p. 236, et le bail de la phratrie des Dyaliens, *Corp. inscr. att.*, II, 600.

(6) Ἐφημ. ἀρχ., 1883, p. 120, l. 40. Cf. Foucart, *in Bulletin*, VIII, p. 194.

(7) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 201, § 1 et p. 230.

argent, partie en nature, par exemple en des prestations de bois, d'encens, d'huile et de grains, comme dans les baux d'Olymos et de Mylasa [1]. La redevance est invariable, en principe, pendant toute la durée du bail, sauf le cas de réduction que nous avons précédemment signalé [2]. A l'inverse, elle est quelquefois augmentée d'un douzième dans les années qui ont un mois supplémentaire, mais cet usage ne se rencontre que dans les baux emphytéotiques [3]. Dans le cas de métayage, la redevance varie proportionnellement à l'importance de la récolte. Mais ce mode de location, qui était très usité à l'origine, à l'époque des ἑκτήμοροι de Solon [4], ne semble plus pratiqué au temps des orateurs [5] [6].

Quant aux termes de paiement des fermages, nous savons par Aristote que, pour les domaines sacrés, le fermier devait payer chaque année son loyer dans la neuvième prytanie, entre les mains des apodectes [7]. Pour ces domaines,

(1) Cf. Le Bas-Waddington, 323-324, l. 10 et 15 ; 483, A, l. 7, et B, l. 1 ; *Mittheilungen*, XV, p. 273, B, l. 9-10. A Cos le fermier des jardins sacrés était tenu d'offrir en sacrifice un chevreau de 15 drachmes. Cf. *Inscriptions de Cos*, 369, l. 10.

(2) V. *supra*, p. 172.

(3) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 246, § 4.

(4) V. *supra*, t. II, p. 529.

(5) Dareste, (*Plaid. civ.*, t. I, p. 180, note 10) croit que Collaros, dont il est question dans le plaidoyer de Démosthène contre Calliclès (§ 31), était le métayer du fils de Tisias. V. toutefois Guiraud, p. 423, note 2.

(6) Le bail à cheptel, c'est-à-dire suivant la définition du code civil (art. 1800), « le contrat par lequel une des parties cède à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner », a-t-il été connu dans le droit grec ? Guiraud (p. 444) répond affirmativement et en trouve la preuve dans une anecdote que racontent Diodore (VIII, 5) et Pausanias (IV, 4, 5). D'après ces auteurs, un riche Messénien, Polycharès, possédant une grande quantité de bœufs et n'ayant pas de pâturage assez étendus, convint avec le Spartiate Euæphnos que celui-ci les ferait paître sur ses terres et que, pour prix de ce service, il recevrait une partie du produit des bestiaux. Il y a là manifestement un bail à cheptel. On ne trouve aucune trace d'un semblable contrat dans le droit attique.

(7) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 47. Le témoignage d'Aristote est confirmé par le décret d'Adousios concernant le domaine sacré de Néleus et de Basile : *Corp. inscr. att.*, IV, II, 53 *a*, l. 16.

le fermage était donc payé en une fois [1]. Mais en dehors des baux ainsi consentis par l'archonte-roi, il paraît difficile de poser une règle fixe. On a proposé, à cet égard, différentes règles. Ainsi on a voulu appliquer aux domaines de l'Etat seulement une règle posée en termes généraux par les lexicographes, et d'après laquelle les loyers et fermages se payaient par prytanies et non par mois [2], mais sans préciser si ce payement devait être effecté par dixièmes, à chaque prytanie, ou par fractions plus considérables, lors de certaines prytanies déterminées. Quant aux maisons appartenant à des particuliers, le loyer en aurait été payable par mois, comme les intérêts de l'argent [3]. Il n'est pas possible, à notre avis, de poser une règle fixe ; les parties avaient toute latitude pour déterminer les termes de payement, et elles en usaient à leur gré suivant les cirtances. Ainsi, dans les baux athéniens, tantôt le fermage doit être payé en une fois, au mois d'Hécatombéon [4], tantôt en deux fois, aux mois d'Hécatombéon et de Posidéon [5], tantôt même en trois fois, aux mois d'Hécatombéon, de Gamélion et de Thargélion [6]. Tout ce que l'on peut admettre, pour Athènes, c'est que le mois d'Hécatombéon (premier mois de l'année), qui figure dans presque tous les baux atti-

(1) De même, à Délos, le fermage devait être versé à l'assemblée du peuple en Lénaion (premier mois) pour chaque année révolue ; pour la dernière année seulement le payement avait lieu en Métageitnion (huitième mois). V. *Bulletin*, XIV, p. 432, 433.

(2) Thomas Magister, p. 762 : τοὺς μισθοὺς καὶ τὰ ἐνοίκια κατὰ τὰς πρυτανείας οὐ κατὰ μῆνα ἐτέλουν. Cf. Ammonius, v° πρυτανεῖον.

(3) Bœckh, t. I, p. 177-178.

(4) Contrat des Aixonéens, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 239, § 2. Dans un contrat de location des domaines d'Athéna, il est dit que le payement doit avoir lieu au début de l'année. *Corp. inscr. att.*, II, 1056.

(5) Contrat du Pirée et des Kythériens, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 4 et p. 242, § 2. Dans le bail des Dyaliens, le fermage, également payable en deux fois, doit être acquitté en Boédromion et en Elaphébolion. *Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 25 et s.

(6) Bail consenti par une tribu, *Corp. inscr. att.*, II, 565, l. 5.

ques, était un des termes habituels de payement pour l'année échue [1]. Il existait, dans le reste de la Grèce, une assez grande variété d'usages à cet égard [2]. On peut néanmoins conjecturer qu'il y avait dans chaque cité des usages généralement suivis. Quelquefois, en effet, on voit les parties convenir que la première année le loyer sera proportionnel au temps à courir jusqu'à tel mois, et que, dans la suite, il sera acquitté intégralement dans ce mois [3]. C'est donc que le dernier mois de l'année était le terme habituel des payements. La location pouvait aussi, comme cela résulte des mêmes documents, partir d'un mois quelconque de l'année [4].

La charge du preneur concernant l'acquittement du loyer ne s'augmente point, dans les baux ordinaires, du payement des contributions publiques. Celles-ci paraissent, en effet, avoir été à la charge du bailleur, ainsi que cela est expressément stipulé dans les baux attiques qui nous sont parvenus [5]. On peut supposer que cette clause était l'expression

(1) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 14 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 266.

(2) Les termes de payement étaient notamment : Thargélion (mai) à Amorgos (*Bulletin*, XVI, p. 278, l. 4), Bacchion (février) à Céos (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 253, 9°), Péritios (janvier) à Mylasa (*Ibid.* p. 244, § 2, l. 17), Artémisios (mars-avril) à Olymos (Le Bas-Waddington, 327 l. 10), Panamos (septembre) à Héraclée (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 200, l. 101), Demétrios (octobre) à Thespies (*Inscr. Gr. sept.*, 1739), Alphiœos (septembre) en Elide (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 256), Alalcoménios (novembre) à Thisbé (*Amer. Journ. of Arch.*, VI (1890) p. 114). D'après une inscription de Chio le payement doit se faire « au moment des récoltes ». *Bulletin*, III, p. 242, A, l. 40.

(3) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 246, B. l. 11-14 ; Le Bas-Waddington, 416, l. 12-14.

(4) Guiraud, p. 431.

(5) Règlement du Pirée : μισθοῦσιν ἀνεπιτίμητα καὶ ἀτελῆ· ἐὰν δέ τις εἰσφορὰ γίγνηται ἀπὸ τῶν χωρίων τοῦ τιμήματος τοὺς δημότας εἰσφέρειν (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 2). Les τέλη sont les impôts perçus par le dème sur les propriétés et l'εἰσφορὰ est levée par la cité. Contrat d'Aixoné : κα. ἐάν τι εἰσφορὰ ὑπὲρ τοῦ χωρίου γίγνηται εἰς τὴν πόλιν, Αἰξωνέας εἰσφέρειν. *Ibid.* p. 238, § 7). Contrat des Dyaliens : ἀτελὲς καὶ ἀνεπιτίμητον τῶν τε [.....]ν τῶν καὶ πολεμίων ἐμβολῆς καὶ φιλίου στρατοπέδου καὶ τελῶν καὶ εἰσφορᾶς καὶ τῶν

d'un usage généralement suivi, et, que, dans le silence du contrat à cet égard, le devoir de payer les contributions était à la charge du propriétaire [1]. Les parties restaient libres toutefois de régler ce point comme elles l'entendaient et de décider que la charge en question serait assumée par le preneur au lieu de l'être par le bailleur. C'est ainsi que le contrat de location des domaines de Zeus Téménitès à Amorgos met à la charge du preneur l'impôt foncier, τὸ τέλος, qui doit se payer entre les mains des magistrats civils à la même date que le loyer [2]. Dans les baux emphytéotiques la règle était différente, comme nous le verrons [3].

En dehors du payement du loyer, le preneur est encore tenu d'autres obligations spéciales. Il doit d'abord user de la chose en bon père de famille. Le contrat peut exprimer cette règle [4], mais elle s'impose au preneur même en l'absence de toute clause à ce sujet. Au surplus, la plupart des baux renferment des dispositions très explicites et détaillées concernant cette obligation du fermier et lui imposent un mode de jouissance de nature à prévenir toute dépréciation de l'immeuble. Ainsi le bail de Pirée interdit aux fermiers

ἄλλων ἀπάντων (*Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 13 et s.) Contrat de Prasiæ : ἀτελὲς καὶ ἀνεπιτίμητον εἰσφορᾶς καὶ τῶν ἄλλων ἀπάντων (*Bulletin*, XV (1891) p. 211, l. 4 et s.).

(1) Platner, *Process*, t. 2, p. 348 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 11 ; Euler, p. 20. Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 264), disent n'y a pas de règle absolue à cet égard. Guiraud (p. 434) nie l'existence même d'une simple coutume.

(2) *Bulletin*, XVI, p. 280, l. 47-50 : ἀποδιδότω δὲ τὸ τέλος ἅπαν τοῦ ἐνιαυτοῦ χωρὶς τοῦ μισθώματος. Cf. Homolle (*ibid.*, p. 289), qui observe que les domaines des dieux sont généralement loués francs de toutes charges fiscales, n'en étant point grevés en raison de leur caractère sacré.

(3) V. *infra*, p. 201.

(4) Guiraud (p. 435) cite en ce sens un contrat de Mylasa où il est dit que les fermiers γεωργῶνται τὴν γῆν καθάπερ καὶ οἱ λοιποὶ τὰς ἰδίας γεωργίας ἐργάζονται. Le Bas-Waddington, n° 404, l. 5. Mais il s'agit là d'un bail emphytéotique et la clause précitée peut faire allusion à la nature du droit de l'emphytéote, qui comme nous l'avons vu est un droit réel et héréditaire, V. *supra*, t. III, p. 313 et s.

d'emporter ni boue, ni terre, ni bois, si ce n'est pour les employer sur le domaine même [1]. Le bail des Dyaliens détermine le nombre de façons que le fermier devra donner aux vignes dans le courant de l'année, fixe la portion du domaine qui sera emblavée et celle qui sera laissée en jachère ; il prescrit aussi de soigner les arbres fruitiers et défend d'en couper aucun [2]. On voit dans une autre inscription que des commissaires furent institués pour veiller à ce que « les biens fussent travaillés conformément aux conventions » [3]. Les contrats de locations étrangers à l'Attique ne se préoccupent pas moins de sauvegarder les intérêts du bailleur. Le contrat de location des domaines de Zeus Téménitès à Amorgos détermine soigneusement le régime des terres. Le fermier doit diviser sa terre en deux soles qui seront alternativement cultivées et mises en jachères, cultiver les terres de labour, tenir en complet et bon état les vergers de vignes et d'oliviers, donner à la vigne deux façons par an et une aux figuiers, épandre annuellement dans les champs une certaine quantité de fumier, entretenir les toitures au moyen d'un enduit imperméable, curer les fossés au mois d'Heræon, etc. La plupart de ces obligations sont sanctionnées par des amendes [4]. Le contrat d'Héraclée n'est pas moins précis à cet égard [5].

Le fermier doit, à plus forte raison, respecter la destination de la chose louée, de façon que le bailleur la retrouve à la fin du bail telle qu'il l'a livrée. Il ne peut, en conséquence, apporter aucune modification à l'état du sol sans l'autorisation du propriétaire. Il doit notamment obtenir son agrément pour établir des travaux de drainage [6] ou pour

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 3, l. 9-11.
(2) *Corp. inscr. att.*, II, 600.
(3) *Ibid.*, 564.
(4) *Bulletin*, XVI, p. 281 et s.
(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 204, l. 120 et s.
(6) *Corp. inscr. att.*, II, n° 1060.

ouvrir des carrières [1]. Le fermier ne peut non plus labourer les chemins tracés, ni y établir des barrières pour empêcher d'y passer. Si le domaine renferme des arbres, il lui est interdit de les couper ; il a seulement le droit de se servir du bois pour des constructions ou des échalas, ou de couper le bois mort pour ses besoins domestiques [2]. Plusieurs contrats de location édictent encore la défense d'envoyer paître des troupeaux sur l'immeuble, défense qui, par la généralité de ses termes, paraît s'appliquer aux fermiers aussi bien qu'aux étrangers [3].

Dans les baux de longue durée, abstraction faite même des baux emphytéotiques, le fermier a pour devoir non seulement de conserver l'immeuble en l'état où il l'a reçu, mais encore de l'améliorer. Ainsi dans un bail athénien de vingt ans, le fermier est tenu de clôturer le terrain avant telle date et de planter au moins deux cents boutures d'oliviers [4]. De même, dans le bail des Aixonéens, le preneur à qui l'on reconnaît toute liberté pour cultiver le fonds à sa guise, est tenu néanmoins d'y faire des plantations [5].

En droit romain, il importait peu que le preneur jouît par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers et, partant, il lui était permis de sous-louer toutes les fois qu'une clause du bail ne le lui interdisait pas [6]. Cette règle a-t-elle été également admise dans le droit attique ? Il faut, croyons-nous, distinguer entre les immeubles ruraux et les immeubles urbains. Pour les premiers, il semble que la faculté de sous-louer n'ait pas été reçue et que le preneur n'ait pas pu se substituer une autre personne [7]. Cela résulte notamment de

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 206, l. 137.

(2) *Ibid.*

(3) Rangabé, *Antiq. hell.*, 957 (Eubée) ; *Bulletin*, III, p. 242 A, l. 49 (Chio) et XVI, p. 279, l. 35-37 (Amorgos). Cf. Guiraud, p. 436.

(4) *Corp. inscr. att.*, IV, 53 a, l. 30 et s.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 1, l. 4.

(6) L. 6, C. *De loc. cond.*, IV, 65.

(7) Cf. Guiraud, p. 442.

ce fait que le bail prenait fin, comme nous le verrons, par la mort du fermier [1]. Cette solution se justifie, en outre, par cette considération que, s'il s'agit d'un domaine rural, le propriétaire choisit ordinairement le fermier en vue de ses qualités personnelles. Nul doute d'ailleurs que la sous-location ait été impossible lorsque le bail revêtait le caractère d'un métayage, car le fermier est alors un véritable associé. Quand il s'agissait, au contraire, des immeubles urbains, des maisons, celles-ci étaient ordinairement louées à un locataire principal, le ναύκληρος, pour qu'il sous-louât lui-même à d'autres personnes, principalement à des étrangers ou à des métèques [2]. La faculté de sous-louer devait donc appartenir au locataire, à moins de convention contraire. Pour les maisons, du reste, la considération que nous avons indiquée pour les immeubles ruraux et qui fait obstacle à la sous-location, ne se présente plus.

Une dernière obligation du preneur, c'est que, sauf dans l'hypothèse où la chose louée a péri par cas fortuit, il est tenu de la restituer une fois le bail fini. Nous reviendrons sur ce point en exposant les conséquences de la cessation du louage.

D. — *Comment finit le louage de choses.*

Le louage de choses ne finit régulièrement que par l'arri-

(1) V. *infra*, p. 184.

(2) L'expression ναύκληρος a, dans le langage des ancien auteurs, trois significations différentes. Elle peut d'abord désigner le propriétaire même d'une maison louée (V. *supra*, p. 159). On entend aussi quelquefois par ναύκληρος la personne préposée par un propriétaire à la gestion d'une maison et à la perception des loyers (le *villicus* des *insulæ* romaines). Harpocration, v° ναύκληρος : ἐπὶ τοῦ μεμισθωμένου ἐπὶ τῷ τὰ ἐνοίκια ἐκλέγειν ἢ οἰκίας ἢ συνοικίας. Isée, *De Philoct. her.*, §§ 19 et 20 : ἀπελευθέρα ἦν αὐτοῦ, ἣ ἐναυκλήρει συνοικίαν ἐν Πειραιεῖ αὐτοῦ..... τὴν δ'ἄνθρωπον ταύτην καθίστησιν Εὐκτήμων ἐπιμελεῖσθαι τῆς ἐν Κεραμεικῷ συνοικίας. Le ναύκληρος peut être enfin un locataire principal. Hésychius, v° ναύκληρος : ὁ συνοικίας προεστώς. ἢ μεμισθωμένος ὅλην καὶ ἀπομισθῶν κατὰ μέρος καλούμενος σταθμοῦχος. Cf. Buchsenschutz, p. 96, note 4 ; Hermann-Blümmer, p. 95, note 5.

vée du terme convenu. Ce terme est fixé soit par la loi, soit par la convention. A Athènes, la loi relative aux domaines sacrés prescrivait qu'ils seraient loués pour dix ans [1]. Il est vrai que, dans le seul contrat athénien où la chose louée soit un domaine sacré, la durée du bail est fixée à vingt ans, c'est-à-dire à une période double [2]. Mais on a expliqué cette exception d'une manière assez plausible, en disant que ce domaine était affermé pour la première fois, qu'il n'avait point encore été mis en culture et qu'il importait de garantir le preneur contre les risques d'une nouvelle adjudication après un délai relativement assez court de dix années seulement [3]. A Délos, d'après la ἱερὰ συγγραφή, les domaines sacrés étaient également loués pour une période de dix ans, et la règle était même appliquée très rigoureusement, en ce sens que les relocations consenties dans le cours d'une de ces périodes par suite de la résiliation du bail ne valaient que pour la période qui restait à courir, de manière que tous les baux fussent renouvelés en même temps [4]. Ailleurs les terrains sacrés étaient quelquefois affermés pour un temps moins long. Ainsi à Héraclée, le domaine d'Athéna fut loué pour une période de cinq ans, ou du moins le bail en était divisé en périodes de cinq ans [5]. Par contre il semble qu'à Eleusis les baux aient été consentis par le temple pour plus de dix ans [6].

Sauf pour les terrains, il n'y avait point à Ahènes de règle fixe concernant la durée des baux. Pour les immeubles ruraux, on rencontre quelquefois le terme de dix

(1) Aristote. *Const. des Athén.*, c. 47 : ἔστι δὲ καὶ τούτων (sc. τῶν τευενῶν) ἡ μὲν μίσθωσις εἰς ἔτη δέκα. Cf. *Corp. inscr. att.*, IV, 2, 53 a : κατὰ τὸν νόμον ὅσπερ κεῖται τῶν τεμενῶν.

(2) *Bulletin*, VIII (1884), p. 199. — Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 266.

(3) *Corp. inscr. att.*, *loc. cit.*

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 265.

(5) V. Homolle, *in Bulletin*, VI, (1882), p. 63 et s. ; XIV (1890), p. 432.

(6) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 214, § 6 et p. 229.

années, comme dans le contrat de bail consenti par la phratrie des Dyaliens [1]. C'est également ce délai que les Thébains adoptèrent lorsqu'après la destruction de Platée ils établirent des fermiers sur son territoire [2]. Mais on rencontre aussi, en dehors des cas d'emphytéose, des périodes beaucoup plus longues. Ainsi le dème attique d'Aixoné a affermé une terre pour quarante ans [3]. Les baux consentis par les personnes morales devaient naturellement avoir une durée plus longue que ceux consentis par des particuliers. Dans une hypothèse de ce dernier genre, Lysias nous parle d'un fonds qui a changé de fermier quatre fois dans l'espace de cinq années [4], mais il y a lieu de croire que c'était là plutôt un fait exceptionnel. Lorsque les parties n'ont pas fixé de terme, on pourrait croire que la durée du bail serait celle d'une tacite reconduction. Mais comme on ne sait si la tacite reconduction était admise dans le droit grec, peut-être l'absence d'un terme dans le contrat signifiait-elle plutôt que le bail avait alors une durée illimitée et que le locataire pourrait détenir l'immeuble tant qu'il remplirait ses obligations [5].

Le fermier sortant peut demander le renouvellement ou la prorogation de son bail. A Délos, la ἱερὰ συγγραφή disposait que le bail pouvait être prorogé, au gré du preneur, sans adjudication nouvelle, pour une nouvelle période décennale, moyennant une augmentation de loyer de 10 pour 100. C'était là une combinaison avantageuse à la fois au bailleur et au preneur [6], et les fermiers qui y recouraient paraissent avoir été assez nombreux. Lorsqu'à l'expiration du terme fixé le preneur reste et est laissé en possession, le silence

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 9.
(2) Thucydide, III, 68.
(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, l. 2-3.
(4) Lysias, *Pro sacr. ol.*, §§ 9-11.
(5) Cf. en ce sens : Euler, p. 14 : Guiraud, p. 426-427.
(6) V. Homolle, *in Bulletin*, XIV (1890), p. 431.

des parties donne-t-il naissance à un nouveau bail, conclu sous les mêmes conditions que le premier ? En d'autres termes, le droit attique a-t-il admis, comme le droit romain, ce que les interprètes nomment la tacite reconduction? Les auteurs anciens et les inscriptions ne renferment à cet égard aucun renseignement qui permette de se prononcer dans un sens ou dans l'autre [1].

Le bail peut finir exceptionnellement avant l'arrivée du terme. D'abord la perte fortuite de la chose louée le résout de plein droit, car elle ôte à l'obligation du bailleur son objet, et à celle du preneur sa cause. Cette solution n'est consacrée par aucun texte, mais elle va de soi. Le bail peut également prendre fin avant le terme convenu en cas de résiliation fondée sur la faute du locataire ou, d'une manière générale, sur l'inexécution de ses engagements. Nous reviendrons sur ce point en étudiant la sanction des obligations des parties. Le bail est enfin résilié par la mort du locataire. Aussi voyons-nous qu'à Délos, lorsque le fermier venait à mourir, le dieu recouvrait son bien *ipso facto* et pouvait le louer à nouveau jusqu'à la fin de la période décennale qui était en cours [2]. Une clause malheureusement très mutilée du règlement des fermages pourrait toutefois laisser croire que l'héritier du fermier avait la faculté de se substituer à lui dans son bail et dans ses droits [3]. Mais cette conjecture ne nous paraît pas admissible. C'est ainsi qu'à Athènes, dans le contrat des Aixonéens [4], pour que le fils puisse succéder au père dans l'exploitation du domaine, on a soin de faire figurer le fils à côté du père dans l'acte de location [5]. Cette cause de résiliation du bail par la mort du

(1) Cf. Guiraud, p. 443.

(2) *Bulletin*, XIV (1890), p. 431.

(3) Homolle, *loc. cit.*, Cet auteur se fonde sur ces seuls mots : ἐξέστω τοῖς κληρονόμοις ἢ τοῖς ἐγγυηταῖς.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, l. 1 et 2.

(5) Cf. Guiraud, p. 442 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 271.

locataire s'applique-t-elle à tous les baux ou est-elle restreinte à la location des immeubles ruraux ? Nous serions plutôt porté à nous prononcer en ce dernier sens, et cela par des raisons analogues à celles que nous avons données à propos de la faculté de sous-location [1]. C'est, du reste, un principe que l'héritier succède à tous les droits du *de cujus*, principe qui ne doit céder que devant des textes formels ou des considérations décisives. Or textes et considérations font défaut pour la location des maisons.

La cessation du bail a pour conséquence la restitution de la chose louée par le locataire. Il doit remettre au bailleur cette chose telle qu'il l'a reçue et même, lorsque le bail lui impose certaines améliorations, telle que le prescrit le contrat. Souvent, pour prévenir toute difficulté entre le propriétaire et le locataire relativement à l'objet de la restitution, on dressait un état des lieux au moment de l'entrée en jouissance [2]. C'est également dans ce but que l'on procédait quelquefois à une délimitation exacte des terrains loués [3].

Lorsque la résolution anticipée du bail n'implique de part et d'autre ni dol ni faute, elle fait simplement cesser les obligations des contractants pour l'avenir. Dans le cas contraire, celui qui a commis le dol ou la faute doit des dommages-intérêts à la partie qui en a été la victime. C'est surtout au fermier que s'applique ce principe. Le plus souvent le montant des dommages-intérêts qu'il devait payer en cas de dégâts ou de négligence était prévu par le contrat. Si l'on n'en avait pas fixé d'avance le tarif, on s'adressait aux tribunaux. Le fermier pouvait-il, par contre, réclamer au bailleur les dépenses qu'il avait faites pour accroître la valeur du fonds ? Rien ne l'indique. Il n'y était pro-

(1) V. *supra*, p. 181.

(2) V. Homolle *in Bulletin*, XIV (1890), p. 422 et s.

(3) *Corp. inscr. att.*, IV, 53 a, l. 3 et s. ; *Bulletin*, III, p. 242 et s., l. 12 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 194 et s.

bablement autorisé que si la résiliation du bail était fondée sur la faute du propriétaire [1].

Certains contrats renferment des dispositions destinées à faciliter une nouvelle location et à assurer la transmission de l'immeuble au nouveau fermier. Ainsi, d'après le bail du Pirée, les fermiers du dème, bien qu'autorisés à cultiver à leur guise pendant les neuf premières années du bail, ne pouvaient la dixième et dernière année labourer que la moitié des fonds, afin que leurs successeurs eussent la faculté de préparer leurs travaux, et cela à partir du 16 anthestérion (février-mars). Si, nonobstant cette défense, les fermiers mettaient en culture plus de la moitié du fonds, les fruits du surplus devaient être remis au dème [2]. Ce bail ne faisait probablement que consacrer la coutume suivie en Attique [3]. Le bail des Aixonéens renferme une disposition du même genre, lorsqu'il décide que le dème pourra, dans les cinq dernières années de la jouissance (le bail était fait pour quarante ans), envoyer un vigneron sur le fonds, c'est-à-dire faire tailler la vigne par ses ouvriers [4]. Mais la vendange était évidemment pour le fermier [5]. Le contrat de location d'Amorgos oblige le locataire à remettre, en quittant le domaine, la provision de fumier au complet [6].

E. — *Sanction des obligations des parties.*

Le plus souvent les parties ne se contentaient pas des actions mises par la loi à leur disposition pour assurer l'exécution des obligations réciproques nées du louage ; elles inséraient dans leur contrat diverses stipulations de nature

(1) Cf. Guiraud, p. 444.
(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 5, l. 15-22.
(3) Théophraste, *De causis plantarum*, II, 11, 3. Cf. Guiraud, p. 444.
(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 4, l. 17-18.
(5) Guiraud, p. 444.
(6) *Bulletin*, XVI (1892), p. 288.

à leur procurer une garantie plus efficace. Ces clauses spéciales visaient principalement le preneur, et, en ce qui concerne le bailleur, on ne rencontre guère que celle précédemment signalée et par laquelle celui-ci s'engage à ne pas vendre ou louer l'immeuble affermé avant l'expiration du bail [1].

Quant au preneur, la première de ses obligations, celle de fournir les cautions dont nous parlerons ultérieurement, est sanctionnée à Délos par la résiliation du bail, et il est procédé immédiatement à une nouvelle mise aux enchères [2]. La règle devait être la même à Athènes. A Thespies, le fermier qui entrait en jouissance du domaine d'Héraclée sans avoir fourni de cautions solvables, était inscrit sur le registre des débiteurs pour une fois et demie la somme stipulée [3].

Les infractions aux clauses du bail relatives à la jouissance du locataire entraînent le payement soit de dommages-intérêts, soit même d'une amende. Souvent le contrat fixe à l'avance le montant de l'indemnité qui sera payée au propriétaire pour chaque infraction commise. Ainsi dans le contrat d'Amorgos, le fermier est puni d'une amende de trois drachmes par plèthre, s'il ne cultive pas les terres de labour, d'une amende d'une obole par pied de vigne, s'il ne donne pas les deux façons prescrites, d'une amende de trois oboles par panier manquant, s'il ne fume pas assez le sol. S'il ne bâtit pas tel mur, il devra une drachme par orgye [4]. Le contrat d'Héraclée renferme des dispositions analogues. Toute infraction aux clauses concernant les plantations, les bâtiments ruraux, les chemins et les fossés est frappée d'une amende variant suivant la gravité de la faute [5]. Le

(1) V. *supra*, p. 169.

(2) Ἀπεμισθώσαμεν τὸ χωρίον.... οὐ καθιστάντος τοῦ δεῖνος τοὺς ἐγγύους κατὰ τὴν ἱερὰν συγγραφὴν ὅτε ἔδει καὶ διεγγυήσεις. Comptes de 250, l. 135, cités par Homolle, *in Bulletin*, XIV, p. 430, note 3.

(3) *Bulletin*, IX (1885), p. 412, l. 9-12.

(4) V. *Bulletin*, XVI, p. 281 et s.

(5) Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 200, l. 113 et s.

bail des Kythériens prononce l'expulsion du fermier et lui inflige une amende égale à la redevance s'il ne fait pas les réparations convenues [1]. Pour les infractions qui n'étaient pas prévues par le contrat de location, on recourait aux principes généraux du droit, et on employait aussi les actions spéciales dont nous parlerons ultérieurement.

La principale obligation du locataire, celle de payer le loyer, est sanctionnée de diverses manières. S'il s'agit d'abord du bail d'une maison, une pratique, rapportée par Stobée, donnait au bailleur un moyen de contrainte indirecte, mais aussi énergique qu'une action judiciaire. Le propriétaire pouvait faire enlever les portes ou le toit de la maison et boucher les puits, en rendant ainsi l'immeuble inhabitable pour le débiteur récalcitrant [2].

Le bailleur avait d'autres moyens de contrainte à sa disposition contre le locataire qui ne payait pas son loyer. Ces moyens varient suivant les contrats. Tantôt le défaut de payement à l'échéance emporte immédiatement le doublement de la dette, comme cela est stipulé dans un contrat attique [3], ainsi que dans d'autres contrats d'Olympie [4] et d'Héraclée [5]. Quelquefois la redevance est simplement majorée de 50 pour 100, comme à Mylasa et à Olymos [6].

Dans d'autres documents le défaut de payement du fermage entraîne aussitôt l'annulation du bail. Tel est le bail de la phratrie des Dyaliens [7]. Un contrat de Céos dit égale-

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, § 4, l. 13-15.

(2) Stobée, *Serm.*, V, 67, p. 127 : καθάπερ καὶ ἐξ οἰκίας, φησὶν ὁ Βίων, ἐξοικιζόμεθα, ὅταν τὸ ἐνοίκιον ὁ μισθώσας οὐ κομιζόμενος τὴν θύραν ἀφέλῃ, τὸν κέραμον ἀφέλῃ, τὸ φρέαρ ἐγκλείσῃ.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, § 4, l. 17-19 : ἐὰν δὲ μὴ ἀποδίδῳ τὴν μίσθωσιν κατὰ τὰ γεγραμμένα ἢ μὴ ἐπισκευάζει, ὀφείλειν αὐτὸν τὸ διπλάσιον καὶ ἀπιέναι Εὐκράτην ἐκ τοῦ ἐργαστηρίου μηθένα λόγον λέγοντα.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 256.

(5) *Ibid.*, p. 202, l. 109-111.

(6) Le Bas-Waddington, 331, l. 12 et s., 416, l. 16 ; *Bulletin*, V, p. 111, l. 2 et s.

(7) *Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 35.

ment d'une façon sommaire mais énergique : « Le locataire paiera son fermage à telle date, sinon il déguerpira [1]. » De même, à Héraclée, la dette est doublée, et le bail est rompu [2]. En cas de rupture du bail, l'immeuble est remis en location sur le même pied que précédemment, et si le bailleur ne peut trouver un nouveau locataire au même prix, le fermier déchu répond de la différence du loyer entre le premier bail et le second. Cette règle, qui n'est, du reste, qu'une conséquence des principes généraux, est exprimée dans plusieurs contrats, bien qu'en termes quelque peu différents [3].

Un autre moyen de contrainte que le contrat assure quelquefois au bailleur, consiste dans le droit de pratiquer une saisie sur les biens du fermier en retard, et cela sans avoir besoin de faire préalablement établir sa créance par un jugement [4]. Cette clause se rencontre dans le bail des Aixonéens, qui se réservent le droit de saisir (ἐνεχυρασία), par le seul fait du défaut de payement des fermages au terme convenu, non seulement la récolte, mais encore tous les autres biens du fermier [5]. De même, la phratrie des Dya-

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 253 : ἂν δὲ μὴ ἀποδῷ, ἀπιέναι ἐκ τῶν χωρίων.

(2) *Ibid.*, p. 202, l. 109 et s.

(3) Dans les contrats de Délos, l'adjudicataire déchu non seulement répond de la différence entre les deux loyers, mais encore est frappé d'une amende de 50 pour cent : ἐὰν ἔλασσον εὕρει εἰσπρασσόντων .. ἐὰν δέ τις ἔνδεια γίνηται τοῦ μισθώματος ἐγγραφόντων αὐτοὺς (le locataire déchu et ses cautions) καὶ τοῦτο ἡμιόλιον. Homolle, *in Bulletin*, XIX, p. 432, note 3. A Thespies, le locataire est tenu également de la différence et d'une amende de 50 pour 100. *Corp. inscr. Græc. sept.*, 1739. A Héraclée, le fermier déchu doit payer pendant cinq ans la différence entre l'ancienne et la nouvelle rente, mais sans amende supplémentaire. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, § 4, l. 110 et s.

(4) V. *supra*, t. III, p. 232 et *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § III, De la clause exécutoire.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 2, l. 5 : τὴν δὲ μίσθωσιν ἀποδιδόναι τοῦ Ἑκατομβαιῶνος μηνός, ἐὰν δὲ μὴ ἀποδιδῶσιν εἶναι ἐνεχυρασίαν Αἰξωνεῦσιν καὶ ἐκ τῶν ὡραίων τῶν ἐκ τοῦ χωρίου καὶ ἐκ τῶν ἄλλων ἁπάντων τοῦ μὴ ἀποδιδόντος.

liens stipule le droit de pratiquer une prise de gage, sans compter la rupture du bail [1]. A Délos, la ἱερὰ συγγραφή renferme une combinaison des divers moyens que nous venons d'indiquer. Elle décide que si à l'échéance le fermier ne paye pas son loyer, il doit abandonner les fruits. Son retard est puni d'une amende équivalente à la moitié du loyer. Si la vente des fruits ne suffit pas pour éteindre la dette, on vend le bétail et les esclaves, et, en cas d'insuffisance, les autres biens du fermier. Le bail est, en outre, résilié de plein droit. Si enfin, de toute manière, le fermier n'arrive pas à se libérer entièrement et qu'il le déclare sous serment sur l'agora, il est inscrit sur le registre des débiteurs publics [2]. La clause concernant la prise de gage en cas de retard dans le payement des fermages devait être habituelle dans les contrats de location des biens publics ou sacrés. Nous voyons, en effet, dans un plaidoyer de Démosthène, Euxithéos parler de ses fonctions de démarque qui lui ont fait beaucoup d'ennemis et qui n'ont pas été sans lutte, attendu qu'il a eu à poursuivre plusieurs membres du dème en payement de loyers pour des biens appartenant aux temples [3]. Lorsqu'il s'agit de loyers dus au dème, les trésoriers, chargés de recevoir les fermages, donnent avis au démarque que le fermier ne s'est pas acquitté de ses obligations au terme fixé, et ils assistent sans doute ce magistrat lorsqu'il se rend chez le débiteur pour pratiquer la saisie [4].

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 35. V. sur la portée de cette clause, *infra*, De la clause exécutoire.

(2) *Bulletin*, XIV, p. 433. — Le contrat de location des terrains de Dionysos à Héraclée renferme une disposition de même nature. Il décide, en effet, que le fermier qui ne fournira pas les cautions convenues ou ne payera pas régulièrement son fermage devra payer une certaine clause pénale et qu'en outre toutes les plantations et constructions faites sur le terrain appartiendront à la cité : τὰ ἐν τᾶ γᾶ πεφυτευμένα καὶ οἰκοδομημένα πάντα τᾶς πόλιος ἐσσόνται Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 112. On peut voir là une sorte de clause exécutoire. Cf. Mitteis, p. 415.

(3) Démosthène, *C. Eubul.*, §§ 63-64.

(4) Haussoulier, *Vie municipale*, p. 72. V. *supra*, t. III, p. 228.

Les différents moyens de contrainte que nous venons de signaler résultent des clauses du contrat de location. Ils ne paraissent pas avoir été décrétés directement par la loi elle-même. Dans le droit attique, on ne rencontre qu'une seule disposition législative concernant le payement du loyer. C'est une loi citée par Démosthène et d'après laquelle ceux qui n'acquitteront pas les fermages des terrains sacrés seront frappés d'atimie, eux, leurs enfants et leurs héritiers, jusqu'à parfait payement [1]. Une autre conséquence légale du défaut de payement des fermages c'est que, lorsqu'il s'agissait de biens de l'État, le débiteur en retard était assimilé aux autres débiteurs du trésor public et soumis à toutes les conséquences qu'entraînait cette atimie spéciale. Aussi ne pouvait-il guère y avoir lieu à une action privée à l'occasion du louage des biens de cette nature [2].

Avant d'indiquer les diverses actions naissant du contrat de louage, nous devons signaler d'autres garanties contractuelles ordinairement stipulées. Le bailleur réclamait naturellement au préalable des sûretés solides pour garantir l'exécution des obligations du preneur. La première de toutes était l'hypothèque. Nous avons vu précédemment que cette sûreté n'était point spéciale au cas de μίσθωσις οἴκου des mineurs et qu'elle était fréquemment stipulée dans les baux ordinaires [3].

Les cautions que l'on voit exigées dans plusieurs contrats, ne sont manifestement qu'une sûreté subsidiaire, et dont on peut se passer lorsqu'il y a eu constitution d'une hypothèque suffisante [4]. Mais le fermier ne devait pas être souvent en

(1) Démosthène, *C. Macart.*, § 58 : τοὺς δὲ μὴ ἀποδιδόντας τὰς μισθώσεις τῶν τεμενῶν τῶν τῆς θεοῦ καὶ τῶν ἄλλων θεῶν καὶ τῶν ἐπωνύμων ἀτίμους εἶναι καὶ αὐτοὺς καὶ γένος καὶ κληρονόμους τοὺς τούτων, ἕως ἂν ἀποδῶσιν.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 725.

(3) V. *supra*, t. III, p. 198,

(4) Ainsi ni dans le bail d'Aixoné (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, § 2) ni dans celui des Dyaliens (*Corp. inscr. att.*, II, 600, l. 36-37), on ne

état de fournir une semblable hypothèque. Aussi la dation de cautions apparaît-elle dans nombre de contrats comme une condition essentielle du bail. C'était la règle généralement suivie lorsqu'il s'agissait de la location d'un bien public ou sacré [1], et nous avons vu quelle était la sanction de cette obligation du fermier [2].

Les cautions devaient être agréées par le bailleur et présenter des garanties de solvabilité [3]. A Délos, les hiéropes chargés de l'administration du temple donnaient des assises pour la réception des cautions, et ils encouraient une responsabilité pécuniaire égale à la moitié du fermage s'ils recevaient des cautions insolvables [4]. Le nombre des cautions variait suivant les exigences du preneur, la situation du fermier ou l'importance de la location. A Athènes, il n'y en a généralement qu'une. Il en est de même à Héraclée et à Thespies. Il y en a plusieurs dans le contrat de location d'Amorgos. A Délos, où les baux sont très nombreux, on rencontre tantôt une caution, tantôt plusieurs, jusqu'à sept simultanément; mais le nombre ordinaire est de deux [5].

La caution garantit, d'une manière générale, l'exécution de toutes les clauses du contrat, ἐνγυητὴς τοῦ ποήσειν τὰ γεγραμμένα ἐν τῷ χρόνῳ γεγραμμένῳ, comme le dit le bail attique des Kythé-

trouve de constitution de cautions, probablement parce que les biens du preneur, auxquels ces contrats font allusion, étaient considérés par le bailleur comme un gage suffisant.

(1) V. pour les domaines sacrés à Athènes, *Corp. inscr. att.*, II, 1056, l. 10, et Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, § 1, pour Thespies, *Bulletin*, IX, p. 412, l. 9-12, pour Délos, *Bulletin*, XIV, p. 430, note 3, pour Amorgos, *Bulletin*, XVI, p. 279, l. 14-17, pour Héraclée, Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, § 2. Cf. pour les baux des tribus, *Corp. inscr. att.*, II, 565, l. 3 et 15 et le bail des Kythériens, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach. p. 242, XIII ter, § 5.

(2) V. *supra*, p. 187.

(3) Bail de Thespies, *in Bulletin*, IX, p. 412, l. 9-10 : ἐγγύως ἀξιοχρειέας, et l. 7 : ὥστινάς κα ἁ ἀρχὰ δοκιμάδδει.

(4) *Bulletin*, XIV, p. 430, note 3.

(5) *Ibid.*, p. 431, note 2.

riens [1]. Elle répond donc spécialement du paiement des fermages aux termes fixés et de l'exécution de toutes les clauses relatives au mode de jouissance imposé au fermier. Elle est ainsi tenue des amendes encourues par le fermier pour contravention à ces clauses, notamment de celles qui ont pour cause le retard à payer le fermage [2]. La responsabilité des cautions peut toutefois être divisée. Lorsque le preneur en a fourni plusieurs, elles ne s'engagent ordinairement que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, pour la moitié, pour un tiers, un quart, etc. [3]. On voit même à Délos un individu ne cautionner que le soixante-douzième du fermage [4]. Les cautions ne s'engagent aussi dans certains cas que pour un temps assez court. Ainsi, même dans le bail emphythéotique d'Héraclée, la durée de l'engagement de la caution n'est que de cinq ans, et à chaque nouvelle période quinquennale le cautionnement doit être renouvelé [5]. Quelquefois, comme dans le bail des Piréens, le bailleur ne se contente pas de l'engagement personnel de la caution, et il exige que celle-ci constitue une hypothèque sur ses biens [6]. La caution est tenue, du reste, non seulement sur ses biens, mais encore sur sa personne dans les localités où, comme à Héraclée, la contrainte par corps subsistait [7]. La garantie des cautions n'était point toujours une précaution superflue, et parfois les répondants avaient à payer pour les fermiers. Ils pouvaient alors exercer un recours contre ces derniers et, à Délos, ce recours était favorisé en ce sens que le fermier était *ipso jure* constitué débiteur de

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII *ter*, l. 20.

(2) *Corp. inscr. att.*, II, 565, l. 13-15.

(3) Cf. Bail d'Olymos, *in* Le Bas-Waddington, n° 324 : διηγγύησαν κατὰ τὰ ἓξ μέρη, Ἀριστέας δὲ κατὰ τὸ ἕβδομον. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 270, note 1.

(4) *Bulletin*, XIV, p. 431, note 1.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 104-105, p. 208, l. 154-158.

(6) *Ibid.*, p. 236, l. 5-6.

(7) *Ibid.*, p. 208, l. 156 : καὶ αὐτὼς καὶ τὰ χρήματα.

la caution pour une somme égale à une fois et demie le montant de l'avance qne celle-ci avait faite [1].

On a enseigné qu'en cas de résiliation du bail par la mort du fermier, la caution avait, du moins à Délos, la faculté de se substituer à lui dans son bail et dans ses droits [2]. Mais cette solution ne nous paraît pas prouvée par l'inscription fort mutilée sur laquelle on se fonde, et nous serions plutôt porté à admettre qu'en cas de résiliation du bail, soit par la mort, soit par la faute du locataire, il était procédé à une nouvelle adjudication [3], et que la caution, pas plus que l'héritier lui-même [4], ne pouvait se substituer au fermier décédé.

En outre des droits conventionnels dont nous venons de parler, le bailleur avait à sa disposition les actions judiciaires naissant du contrat de louage. En droit romain, le bailleur avait l'action *locati* pour poursuivre d'une manière générale l'exécution de toutes les obligations imposées par le contrat au preneur. On a prétendu que, dans le droit attique, il existait également au profit du propriétaire une action générale nommée δίκη μισθώσεως ou μισθοῦ [5]. Mais cette affirmation ne repose sur aucune preuve et, à notre avis, il n'y avait en matière de louage que des actions spéciales à certaines obligations du preneur, abstraction faite d'ailleurs des actions que nous signalerons, mais dont l'application est possible dans tous les contrats en général.

La première des actions particulières au louage des choses est la δίκη ἐνοικίου, action tendant au payement du loyer. Il est vrai que les grammairiens, et notamment Harpocration, présentent cette action comme une des phases de la procé-

(1) Guiraud, p. 441, qui cite en ce sens (note 4) un règlement inédit de Délos.

(2) Homolle, *in Bulletin*, XIV, p. 432, note 1.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 270.

(4) V. *supra*, p. 184.

(5) Meier et Schœmann, *Att. Process*, 1re éd., p. 533.

dure de revendication [1]. Mais il est généralement admis, même par ceux qui considèrent la δίκη ἐνοικίου comme une voie de revendication et non comme une mesure d'exécution, que cette action est également applicable au contrat de louage. C'est bien à un cas de louage que, comme nous l'avons admis, Démosthène se réfère lorsqu'il parle de la δίκη ἐνοικίου dans son plaidoyer contre Olympiodore [3]. Faut-il, en se fondant sur les textes des grammairiens [4], admettre l'existence de deux actions tendant au payement des loyers, à savoir la δίκη ἐνοικίου appliquée au louage des maisons, et la δίκη καρποῦ appliquée au louage des fonds de terre? Doit-on, au contraire, écarter cette dernière action de la matière du louage et en restreindre l'emploi soit à la procédure de revendication, soit à celle d'exécution, suivant le parti que l'on adopte dans la grande controverse que nous avons précédemment examinée sur le caractère des actions ἐνοικίου, καρποῦ et οὐσίας [5]? On se prononce généralement dans le premier sens [6], mais il faut reconnaître qu'aucun texte ne signale l'application de la δίκη καρποῦ en matière de louage.

Au surplus, l'exercice des actions ἐνοικίου et καρποῦ devait être assez rare de la part d'un bailleur contre le preneur. Lors de la conclusion de la plupart des baux, en effet, on dressait un acte écrit (συνθῆκαι) de la convention et de ses différentes clauses, de sorte qu'en cas de contravention à ces clauses, soit de la part du preneur, soit même de la part du bailleur, la partie intéressée pouvait exercer l'action

(1) V. *supra*, t. III, p. 364.

(2) Cf. Hudtwalcker, p. 143, note ; Heffter, p. 264 ; Platner, *Process*, t. II, p. 440-441 ; Wachsmuth, t. II, p. 234 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 15 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 726 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Enoikiou dikè*. V. toutefois Hermann-Thalheim, p. 95, note 3.

(3) Demosthène, *C. Olymp.*, § 45. V. *supra*, t. III, p. 368.

(4) V. notamment Harpocration, vis καρποῦ δίκη et οὐσίας δίκη.

(5) V. *supra*, t. III, p. 363 et s.

(6) Heffter, p. 264 ; Platner, *Process*, t. II, p. 349 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 726 ; Westermann, *in* Pauly's *Real-Encyclopædie*, III, p. 145. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 15.

générale συμβολαίων ou συνθηκῶν παραβάσεως [1]. Le propriétaire ne recourait vraisemblablement à la δίκη ἐνοικίου qu'en l'absence d'un bail régulier [2]. Il pouvait aussi y avoir lieu, le cas échéant, à l'exercice de l'action générale βλάβης [3]. C'est ainsi que le bail des Aixonéens reconnaît au preneur le droit d'intenter cette action contre tout démote qui, avant l'expiration du délai fixé pour la durée du bail, fera une proposition contraire aux clauses du contrat [4].

Les grammairiens mentionnent l'existence de deux autres actions qui garantissent vraisemblablement certains droits spéciaux du bailleur, ce sont les actions ἀμελίου et ἀγεωργίου. La δίκη ἀμελίου nous est connue par une définition d'Hézychius, qui se borne à dire : ζημίου δίκη [5]. Il est probable que cette action avait pour but de réprimer les négligences du fermier de nature à entraîner une détérioration de la chose louée [6].

Quant à la δίκη ἀγεωργίου, voici en quels termes elle est définie par Phrynicus et par l'auteur du recueil connu sous le nom de Συναγωγὴ λέξέων χρησίμων : σημαίνει δὲ τὸ ἐπειδάν τις, χωρίον παραλαβών, ἀγεώργητον καὶ ἀνέργαστον ἐάσῃ, ἔπειθ' ὁ δεσπότης δικάζηται τῷ παραλαβόντι [7]. Le défendeur à cette action est donc une personne qui, ayant reçu un fonds, a négligé de le labourer et l'a laissé inculte. Mais à quel titre l'a-t-il reçu? On a prétendu que ce ne peut être à titre de locataire, mais plutôt à titre de créancier antichrésiste. En effet,

(1) Platner, *Process*, t. II, p. 349 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 726 ; Hermann-Thalheim, p. 95, note 3 ; Euler, p. 18 ; Reinach, *loc. cit.*

(2) Reinach, *loc. cit.*

(3) Euler, p. 18 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 726.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 240, l. 29-31 : εἶναι ὑπόδικον τοῖς μισθωταῖς τῆς βλάβης.

(5) Hézychius, I, p. 271 (éd Alberti).

(6) Platner, *Process*, t. II, p. 348 ; Hermann-Thalheim, p. 96, note 4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 727 ; Euler, p. 22. Cf. Wachsmuth, t. II, p. 234 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Améliou dikè* et *Contrat de louage*, p. 16.

(7) Bekker, *Anecd.*, p. 20 et 336.

a-t-on dit, l'expression παραλαβών, dont se servent les grammairiens, ne peut pas s'appliquer à un locataire, qui aurait été désigné par l'expression habituelle μισθωσάμενος. On ajoute, en ce sens, qu'il est difficile de voir comment le fermier serait assez peu soucieux de ses intérêts pour laisser inculte un terrain qu'il n'a loué que pour lui faire produire des fruits. D'autre part, le propriétaire ne peut éprouver aucun préjudice à ce que le terrain reste inculte ; cela lui est plutôt avantageux, puisque pendant ce temps le terrain se repose [1]. Nous estimons, au contraire, conformément à l'opinion générale, que la δίκη ἀγεωργίου peut s'appliquer en matière de louage. L'expression παραλαβών, employée par les lexicographes, n'est point une objection sérieuse, car on la rencontre dans des contrats de bail, à Athènes [2] et à Héraclée [3], pour désigner précisément le preneur ou le cessionnaire du preneur. On peut, du reste, concevoir des cas où le défaut de culture peut être préjudiciable au fonds, comme dans le cas où il s'agit d'une vigne que le preneur laisse périr faute de soins. L'action ἀγεωργίου avait même probablement une portée plus générale et s'étendait, à notre avis, non seulement au défaut absolu de culture, mais encore au cas où le fermier ne cultivait pas conformément aux clauses du bail, κατὰ τὰς συνθήκας [4]. Au surplus, rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que la δίκη ἀγεωργίου puisse s'appliquer dans tous les cas où une personne ayant reçu du propriétaire la possession d'un immeuble qu'elle doit lui restituer en bon état, laisse cet immeuble improductif ou le

(1) Buchsenschutz, p. 93, note 4.

(2) Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 236, l. 23-24 : τὴν [illegible] σαν παραλαβὼν καὶ ὀρθήν.

(3) *Ibid.*, p. [illegible], l. 106-108 : καὶ αἴ τινί κα ἄλλῳ παραδῶντι τὰν γᾶν, ἢ αὐτοὶ μεμισθωσῶνται ἢ κατάσχωντι ἢ ἀποδῶνται τὰν ἐπικαρπίαν, ἐν ταὐτὰ παρέξοντι προγγύως οἱ παραλαβόντες κτλ.

(4) Platner, *Process*, t. II, p. 347-348 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. [illegible] ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vo *Ageorgiou dike* ; Emler, p. [illegible] ; Hermann-Thalheim, p. 96, note 4. Cf. Wachsmuth, t. II, p. [illegible].

cultive mal : tel serait le cas d'un usufruitier, d'un créancier antichrésiste ou d'un acquéreur ἐπὶ λύσει [1].

On a voulu rattacher à la matière du louage certaines actions mentionnées par Pollux et sur lesquelles tous autres renseignements font défaut, à savoir les δίκαι φορᾶς ἀφανοῦς et μεθημερινῆς [2]. Ces actions auraient été applicables en cas de louage des esclaves [3]. Mais l'insuffisance des textes est si grande que l'on ne peut faire à cet égard aucune conjecture sérieuse [4].

Les actions relatives au louage rentraient vraisemblablement dans l'hégémonie des thesmothètes, sauf celles qui avaient trait à la location des biens des pupilles, qui étaient alors de la compétence de l'archonte éponyme. Nous avons, du reste, précédemment indiqué, à propos de la μίσθωσις οἴκου, quelles étaient les actions au moyen desquelles on pouvait agir contre le locataire des biens d'un pupille [5].

F. — *Règles spéciales aux baux emphytéotiques.*

L'emphytéose est une convention donnant naissance à un droit réel dont nous avons précédemment indiqué les effets [6]. Il nous reste à exposer ici les droits et les obligations résultant de l'emphytéose envisagée comme contrat. Cette convention, ainsi que nous l'avons vu, a un caractère intermédiaire entre la vente et le louage. Si elle se rapproche de la vente par la perpétuité et le caractère réel du droit de l'emphytéote, elle ressemble par contre beaucoup plus au louage, en ce sens que l'emphytéote n'acquiert que les droits utiles de la propriété, mais

(1) Caillemer, *loc. cit.* V. *supra*, t. III, p. 248.
(2) Pollux, VIII, 31 et Kühn, *eod. loc.* Cf. Wachsmuth, t. II, p. 234.
(3) V. *supra*, t. II, p. 448.
(4) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 349 ; Caillemer, *Contrat de louage*, p. 20 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 728.
(5) V. *supra*, t. II, p. 256.
(6) V. *supra*, t. III, p. 313 et s.

sans devenir propriétaire, et que sa principale obligation a pour objet non pas un prix unique, mais une série de prestations corrélatives à sa jouissance. Il y a, au point de vue pratique, un intérêt assez important, à savoir si l'emphytéose doit être considérée plutôt comme un bail que comme une vente, c'est en ce qui concerne la perte de la chose par cas fortuit. Si l'emphytéose est un louage, l'emphytéote cesse d'être tenu au payement de sa redevance ; si, au contraire, elle est une vente, il doit continuer le service de la rente. Les jurisconsultes romains avaient examiné cette question, et l'empereur Zénon finit par trancher les controverses qu'elle avait soulevées en distinguant entre la perte totale et la perte partielle, mettant la première à la charge de l'emphytéote [1]. Dans le droit grec, les cas fortuits paraissent avoir été à la charge du bailleur. C'est ce que l'on peut induire des contrats d'Héraclée [2] et de Chio [3] qui considèrent comme un cas de résiliation du bail l'expulsion du preneur par suite d'une guerre et l'impossibilité où il se trouve alors de récolter. Il devait en être de même des autres cas fortuits entraînant impossibilité absolue de jouissance pour le preneur. Par contre aussi, peut-être celui-ci supportait-il les pertes partielles.

L'emphytéote est tenu d'obligations analogues à celles du locataire, mais ces obligations n'ont pas la même étendue et elles sont tantôt moins, tantôt plus importantes. Ainsi d'abord l'emphytéote est tenu de payer une redevance annuelle, φόρος, soit en argent, soit en nature [4]. Comme celle

(1) L. 1, C. *De jure emphyt.*, IV, 66.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 208, § 16, l. 152-154 : αἰ δὲ κ' ὑπὸ πολέμω ἐγϜηληθίωντι, ὥστε μὴ ἐξῆμεν τὼς μεμισθωμένως καρπεύεσθαι, ἀνέσθαι τὰν μίσθωσιν.

(3) *Bulletin*, p. 245, l. 41-42. Le contrat de Chio prévoit même pour le temps de paix d'autres causes de résiliation qui ne sont pas spécifiées et sur la nature desquelles on ne peut même pas faire de conjectures.

(4) V. ce que nous avons dit *supra*, p. 188 et s. à ce sujet des baux en général, où nous avons cité des dispositions empruntées à des baux emphytéotiques.

d'un fermier ordinaire, c'est une rente fixe, c'est-à-dire qu'elle n'est point proportionnelle à la récolte et qu'elle n'est point, en principe, augmentée ou diminuée pendant toute la durée du bail [1]. Ce qui caractérise la redevance emphytéotique, c'est son taux qui généralement est peu élevé et descend même bien au-dessous de celui des fermages temporaires. Ainsi à Mylasa, une terre estimée 5000 drachmes est louée entre 100 et 200 drachmes, c'est-à-dire entre 2 et 4 pour 100 [2]. Une autre, valant 2000 drachmes, est affermée sur un taux de 4,28 pour 100 [3]. A Chio, un emphytéote s'engage à payer une redevance de 420 drachmes et à fournir un millier de kilogrammes de bois pour un fonds dont la valeur se monte à 20000 drachmes [4]. A Héraclée, la location des terrains de Dionysos se fait également dans des conditions très douces pour le preneur [5]. Le bail des Kythériens semble faire exception à la règle, et le prix de la location n'est pas de beaucoup inférieur à la moyenne habituelle des baux athéniens, car il est de 7,71 pour 100, en supposant que les biens loués valent 7 mines [6]. Mais ici l'élévation de la redevance peut s'expliquer par ce fait que le bail avait pour objet non pas des champs mais un atelier et une maison [7].

La modicité relative de la rente emphythéotique explique certaines obligations spéciales de l'emphytéote qui différencient sa condition de celle d'un fermier ordinaire. Ainsi

(1) V. *supra*, p. 175, note 3.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII quater. Cf. Guiraud, *Propriété foncière*, p. 432.

(3) Le Bas-Waddington, n° 416, l. 5 et 10.

(4) *Bulletin*, III, p. 242 A, l. 13-16.

(5) V. les calculs faits à ce sujet par Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 230, et par Guiraud, *Propriété foncière*, p. 433 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Emphyteusis*. Cf. également les autres baux emphytéotiques signalés par Guiraud, *ibid.*

(6) Suivant Caillemer (*loc. cit.*, p. 17), le loyer serait ici de 4 pour cent seulement. Mais cette interprétation est fort contestable.

(7) Euler, p. 33-34.

d'abord nous avons vu que, dans les baux temporaires, le payement des contributions est généralement à la charge du bailleur [1]. La règle inverse paraît avoir été suivie dans les baux emphytéotiques. Le bail des Kytériens met expressément à la charge du preneur « tout impôt extraordinaire et toute contribution quelle qu'elle soit [2] ». Une semblable prescription se rencontre dans d'autres baux emphytéotiques, et le contrat de Chio, notamment, dispose que le fermier devra payer « tout ce qui incombe aux propriétaires », montrant une fois de plus que la situation de l'emphytéote est à certains égards semblable à celle d'un propriétaire [3]. Il n'y a point toutefois de règle fixe à ce sujet, car un bail attique fait retomber le fardeau de l'impôt sur le propriétaire [4]. Tout dépend donc, en définitive, comme dans les baux temporaires, des stipulations du contrat.

Dans les baux temporaires le fermier, en principe, est seulement obligé à maintenir l'immeuble en bon état, et ce n'est que par exception qu'il est tenu d'y apporter des améliorations [5]. Pour les baux emphytéotiques, c'est la règle inverse qui est suivie, comme cela résulte de presque tous les baux perpétuels qui nous sont parvenus. Ainsi, à Gambréion, le fermier s'engage à convertir une terre nue en terre labourable [6]. L'obligation de faire des plantations

(1) *Supra*, p. 177.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII ter, l. 25-28.

(3) ***Bulletin***, III, p. 242, A, l. 46 et B, l. 46. Il en est de même dans un contrat de Mylasa : Le Bas-Waddington, n° 404. Certains documents d'Asie-Mineure stipulent que la redevance sera ἀνυπόλογος. Cette expression signifie probablement que la rente perçue par le bailleur sera pour lui un revenu net qui ne sera sujet à aucune déduction, à raison soit des contributions, soit des dépenses faites par le preneur pour l'amélioration de l'immeuble. Cf. Euler, p. 32 ; Guiraud, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 607.

(4) ***Bulletin***, XV, p. 210.

(5) V. *supra*, p. 179-180.

(6) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 257 : γῆν ψιλὴν ἀγρὸν ποιῆσαι.

est stipulée dans les contrats de Gortyne [1] et de Thisbé [2]. Les contrats de Chio [3] et d'Héraclée [4] obligent le preneur non seulement à des plantations, mais encore à des constructions, et le bail d'Héraclée entre, à ce sujet, dans de nombreux détails. De même enfin, dans le bail des Kythériens, le preneur s'engage à faire à l'atelier et à la maison d'habitation les réparations nécessaires dans la première année de la jouissance [5]. Ces diverses charges pouvaient quelquefois, comme dans le bail d'Héraclée, être assez onéreuses pour le preneur. Mais elles étaient compensées par une réduction sensible du loyer annuel et, d'autre part, en raison de la perpétuité du bail, le preneur était sûr de bénéficier un jour ou l'autre des avances qu'il avait dû faire pour l'amélioration de l'immeuble.

Dans les baux emphytéotiques comme dans les baux ordinaires, des précautions étaient prises pour garantir les droits respectifs des parties contractantes. Nous y rencontrons, en conséquence, l'usage des cautions fournies par le fermier avant son entrée en jouissance [6]. La responsabilité de ces cautions est gouvernée par des règles semblables à celles que nous avons précédemment indiquées, en nous référant, du reste, à des cas d'emphytéose aussi bien qu'à des baux temporaires. Le payement de la rente est garanti, d'un autre côté, soit par certaines clauses pénales, soit par la résiliation du bail [7].

Par contre, tant que le preneur remplit ses obligations, il

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 402 : πυταλιὰν ἔδωκαν ά πόλις πυτεύσαι.

(2) *Inscr. Græc. sept.*, 2227, add.

(3) *Bulletin*, III, p. 242. A, l. 42-44.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 113 et s. et p. 234.

(5) *Ibid.*, p. 242, XIII ter, l. 15-17.

(6) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, l. 20-22 (bail des Kythériens) ; *ibid.*, p. 202, l. 104-105 (Héraclée) ; *ibid.*, p. 244, l. 5 (Mylasa).

(7) V. *supra*, p. 191.

(8) V. *supra*, p. 188.

ne peut être expulsé par le bailleur, car celui-ci s'est engagé à ne jamais reprendre son bien. Il semble toutefois qu'il en soit autrement dans le bail attique des Kythériens, car on y voit que les bailleurs « garantissent la location au preneur et à ses descendants, faute de quoi, ils s'engagent à lui payer 1000 drachmes » [1]. Il est assez difficile de déterminer la portée de cette clause. Il y a là une βεβαίωσις fournie par le vendeur dans l'éventualité d'une éviction subie par le preneur. Or la βεβαίωσις étant usitée par les Athéniens dans le contrat de vente [2], il n'y a rien d'étonnant à ce qu'elle ait été fournie à un emphytéote dont la situation tient beaucoup, à certains égards de celle d'un acheteur [3]. On pourrait voir aussi dans la stipulation en question une sorte de clause pénale contre le bailleur pour le cas où celui-ci forcerait le preneur à déguerpir en vendant l'immeuble à un tiers. Dans tous les cas, il faut observer que le montant de l'indemnité à payer par le bailleur est relativement assez élevé, puisqu'il est de 1.000 drachmes alors que le fermage annuel est de 54 drachmes seulement. Quant à l'emphytéote, les contrats d'Héraclée [4] et de Chio [5] l'autorisent à demander la résiliation du bail lorsque la guerre met obstacle à sa jouissance. Vis-à-vis des tiers, l'emphytéote est protégé par les actions de droit commun civiles ou pénales. Nous avons précédemment cité les dispositions spéciales que renferme à cet égard le contrat d'Héraclée [6].

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII *ter*, l. 22-24 : βεβαιοῦν δὲ τὴν μίσθωσιν Κυθηρίων τοὺς μερίτας Εὐκράτει καὶ τοῖς ἐγγόνοις αὐτοῦ, εἰ δὲ μή, ὀφείλειν δραχμὰς Χ.

(2) V. *supra*, p. 133 et s.

(3) V. en ce sens, Euler, p. 28.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 208, l. 152-154.

(5) *Bulletin*, III, p. 242, A, l. 40 et s.

(6) V. *supra*, p. 171, note 1

§ II. — *Du louage d'ouvrage.*

Les différents cas de louage d'ouvrage peuvent se ranger en deux grandes catégories. Il y en a d'abord un grand nombre où celui qui fournit son travail reçoit du maître la tradition d'une chose déterminée sur laquelle ce travail doit s'exécuter. Tel est le cas où le propriétaire confie à un entrepreneur un terrain sur lequel celui-ci doit construire une maison, un canal, ou un autre ouvrage quelconque. Ainsi encore un propriétaire confie son terrain à une personne pour qu'elle en récolte les fruits, fournit un bloc de marbre à un artiste pour qu'il en fasse une statue, livre à un voiturier des marchandises pour qu'il les transporte par terre ou par eau. Dans ces différentes hypothèses et autres pareilles, il y a ce que les interprètes du droit romain ont appelé *locatio operis*. En regard de ces hypothèses, il y en a d'autres où le maître ne se dessaisit d'aucun objet et ne fait aucune tradition. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand un maître attache un domestique à sa personne ou à sa maison ou emploie des manœuvres à la culture de son fonds. Il y a là ce que l'on a nommé *locatio operarum* ou louage de services. Nous allons étudier séparément les règles qui gouvernent ces deux espèces de louage dans le droit attique.

A. — De la *locatio operis*.

Abstraction de l'entreprise de transports à laquelle nous consacrerons un paragraphe spécial [1], la *locatio operis* s'applique, dans le droit grec, à des travaux de différents genres. Elle se rencontre d'abord dans l'entreprise des bâtiments ou autres travaux publics [2]. Mais si c'est là son

(1) V. *infra*, p. 220.

(2) V. les documents cités, *infra*, p. 209 et s.

application la plus importante, et même la plus fréquente, du moins d'après les documents qui nous sont parvenus, elle apparaît dans d'autres circonstances. Ainsi les anciens auteurs parlent à plusieurs reprises de contrats de ce genre passés avec des artistes pour la confection de tableaux ou de statues [1]. Le louage d'ouvrage intervient également à l'occasion de travaux de cultures, de l'enlèvement des récoltes [2], du dessèchement d'un marais [3]. Il y a encore *locatio operis* dans les contrats par lesquels une personne s'engage à faire certaines livraisons, de couronnes, par exemple, pour les fêtes publiques [4], ou à graver une inscription [5].

Celui qui, dans ces différentes hypothèses, fournit un travail pour de l'argent, le *conductor* du droit romain, celui que nous nommons aujourd'hui l'entrepreneur, est désigné par le mot ἐργολάβος et l'entreprise par le mot ἐργολαβεία [6]. Les lexicographes définissent l'ἐργολάβος : ὁ ὑπέρ τινων ἔργων μισθὸν λαμβάνων καὶ ἔχων συνεργαζομένους [7]. On dit, en parlant du *locator*, qui donne l'ouvrage à faire, ἐργοδοτεῖν, ἐργοδότης, par opposition au *conductor*, qui se charge de l'ouvrage (ἐργολαβεῖν) [8]. Mais cette terminologie ne paraît avoir été usitée qu'à une époque tardive [9] ; les auteurs les plus anciens

(1) Xenophon, *Memor. Socr.*, III, 1, 2 ; Strabon, VIII, p. 354 ; Plutarque, *V. Pelop.*, c. 25 ; Scholie sur Aristophane, *Pac.*, 602 ; Andocide, *C. Alcib.*, § 17 ; Demosthene, *Pro coron.*, § 122.

(2) Demosthene, *C. Nicostr.*, § 21 : ὁπότε γὰρ οἱ ἄνθρωποι οὗτοι ἢ ὀπώρας πρίαιντο ἢ θέρος μισθοῖντο ἐκθερίσαι ἢ ἄλλο τι τῶν περὶ γεωργίαν ἔργων ἀναιροῖντο.

(3) Contrat d'Erythrée, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 143 et s.

(4) Ἀπομισθοῦν τοὺς στεφάνους. Cf. *Corp. inscr. græc.*, 2143, 2136, 2058 ; Cauer, *Del.*, 47, l. 67 et s. ; Pollux, VII, 200 : συνθηματιαίους δὲ στεφάνους εἴρηκεν Ἀριστοφάνης τοὺς ἐργολαβουμένους, οὓς οἱ νῦν ἐκδοσίμους λέγουσι.

(5) *Corp. inscr. att.*, I, 20 ; 38, l. 23 ; Dittenberger, *Syll.*, 305.

(6) Polybe, VI, 17, 5.

(7) Suidas et Etymol. Magn., v° ἐργολάβος. Lex. rhetor., (Bekker) p. 259, 13.

(8) Pollux, VII, 200 : ῥᾷστον δὲ ἐπὶ μὲν τοῦ ἐκδιδόντος ἔργον ὁτιοῦν τὸ ἐργοδοτεῖν, ἐπὶ δὲ τοῦ ἐργαζομένου τὸ ἐργολαβεῖν.

(9) Plutarque, *Pericles*, 31 ; Strabon, VIII, p. 354. Le verbe ἐργολαβεῖν se rencontre toutefois dans plusieurs inscriptions qui désignent les entrepreneurs

et les documents épigraphiques se servent d'expressions empruntées à la terminologie du louage. Ils désignent l'entrepreneur de travaux par le mot μισθωτής (οἱ μισθωσάμενοι, οἱ μεμισθωμένοι) [1]. On dit alors de celui qui confie le travail à l'entrepreneur, μισθῶσαι τινι τι ἐξεργάσασθαι [2], tandis que les expressions μισθοῦσθαι ou ἀναιρεῖσθαι sont appliquées à celui qui se charge de l'entreprise [3]. Les inscriptions désignent aussi les entrepreneurs par le mot ἐργῶναι [4].

Cette terminologie montre que dans le droit grec le contrat d'entreprise était considéré comme ayant plus d'analogie avec le louage des choses qu'avec tout autre contrat. L'entrepreneur est assimilé à un locataire, avec cette différence toutefois qu'au lieu de payer un loyer, c'est lui qui reçoit l'argent du maître [5]. Mais, comme le locataire d'une *res*, il est étroitement tenu vis-à-vis du *locator* et, ainsi que nous le verrons, il doit lui fournir des cautions. Platon qui, parmi les anciens auteurs, est le seul qui se soit occupé du louage d'ouvrage, dans son *Traité des Lois* [6], semble toutefois considérer l'entreprise à un autre point de vue. Il y voit une sorte de vente ayant pour objet la chose que l'entrepreneur s'engage à produire. L'entrepreneur joue alors

par les mots μισθωταί ou ἐργῶναι. Ainsi le contrat de Lébadée dit : ἠργολάβησε un tel. V. *infra*, p. 209, note 7.

(1) V. les inscriptions cités *infra*, p. 209.

(2) Hérodote, II, 180 : Ἀμφικτυόνων δὲ μισθωσάντων τὸν ἐν Δελφοῖς νῦν ἐόντα νηὸν τριηκοσίων ταλάντων ἐξεργάσασθαι. Démosthène, *In Midiam*, § 155 : ταλάντου μισθοῦσι τὰς τριηραρχίας.

(3) Hérodote, V, 62 ; Démosthène, *C. Nicost.*, § 21. V. *supra*, p. 205, note 2.

(4) Cf. *Mittheilungen*, 1895, p. 39. V. sur la terminologie usitée en cette matière : Hermann-Thalheim, p. 115, notes 2 et 3 ; Chavannes, *in* Daremberg et Saglio, vº *Ergolabos*.

(5) L'entrepreneur étant considéré comme affermant (μισθωτής) ou même comme achetant (ἐργώτης) l'entreprise, il serait naturel qu'il eût à payer un droit à l'État à raison de son opération. On n'en trouve cependant aucune trace à Athènes, du moins à l'époque ancienne. Mais Keil (*Mittheilungen*, 1895, p. 41, note) prétend en trouver une dans un contrat d'Eleusis de 287-286 (publié dans les *Mittheilungen*, 1894, p. 180).

(6) Platon, *Leges*, XI, p. 921.

le rôle de vendeur et, par suite, c'est lui qui fixe le prix. L'objet de la vente n'existant pas encore au moment du contrat, il faut absolument que l'une des deux parties fasse crédit à l'autre. Platon distingue, en conséquence, deux cas, suivant que l'entrepreneur a fait l'avance de son travail ou que le maître a fait l'avance du salaire, et il pose à ce sujet les règles suivantes, pour lesquelles, comme pour beaucoup d'autres de son *Traité des Lois*, il s'inspire des dispositions du droit positif athénien. Si le maître a fait l'avance du prix, l'entrepreneur doit faire l'ouvrage dans le délai fixé et, s'il est en retard par sa faute, il rend le prix qu'il a reçu et n'en demeure pas moins tenu de fournir gratuitement son travail. Dans le cas inverse, le maître doit payer au terme convenu ; s'il se trouve en retard, il est tenu au double, et, après une année, il doit, en outre, les intérêts moratoires calculés à une obole par drachme et par mois, c'est-à-dire que le capital dû s'augmente chaque mois d'un sixième. Platon attribue d'ailleurs aux juges des tribus les actions concernant les infractions au contrat de louage [1].

Il est plus exact cependant, à notre avis, de considérer, dans le droit grec de même que dans le droit romain, le contrat d'entreprise comme une variété du louage. Nous dirons, en conséquence, que c'est au moyen d'une action μισθώσεως [2] que doivent se régler les contestations survenues entre le maître et l'entrepreneur [3]. L'exercice de cette action devait, au surplus, être assez rare, car les contrats d'entreprise prévoyaient presque toutes les contraventions possibles de la part de l'un ou de l'autre des contractants et les réprimaient par des clauses pénales qui rendaient inutile tout recours aux tribunaux.

Le *locatis operis*, comme tout contrat de louage, en géné-

(1) Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 116 et *Entreprises*, p. 107-108.

(2) A supposer que l'on doive admettre une action generale de ce nom en matiere de *locatio rei*. V. *supra*, p. 194.

(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 731.

ral, se conclut par l'échange des consentements et il n'est pas besoin de la rédaction d'un écrit. Les auteurs parlent, il est vrai, de συγγραφή à l'occasion de louage d'ouvrage [1]. Mais l'existence d'un pareil acte n'est nullement nécessaire pour la validité du contrat. Si, d'autre part, les contrats d'entreprises de travaux publics sont régulièrement gravés sur pierre, ainsi que les devis, c'est pour des raisons analogues à celles que nous avons signalées à propos du louage des choses [2] [3].

On pourrait dégager des documents que nous possédons une théorie générale de la *locatio operis* dans le droit attique. Néanmoins nous préférons poser spécialement les règles concernant les entreprises de travaux publics, car c'est à des contrats de ce genre que se réfèrent les inscriptions qui nous sont parvenues et qui renferment le plus souvent des prescriptions très détaillées. Nous ne connaissons aucun contrat d'entreprise privée, car les conventions entre particuliers n'étaient pas, comme celles où figurait une cité ou un temple, gravées sur pierre. Mais on peut supposer, en voyant l'uniformité des règles formulées dans les contrats connus, que les conventions entre particuliers étaient régies par des principes analogues à ceux qui sont formulés dans les contrats où une personne morale était partie. Il est permis, au surplus, dans l'exposé de la législation athénienne sur cette matière, de se servir des contrats étrangers à l'Attique, car les diverses inscriptions relatives aux entre-

(1) Cf. Démosthène, *Pro corona*, § 122 : ὥσπερ ἀνδριάντα ἐκδεδωκὼς κατὰ συγγραφήν. Andocide (*C. Alcib.*, § 17) raconte l'histoire d'Alcibiade qui enferma chez lui le peintre Agatharcos, parce que celui-ci se refusait à travailler pour lui en alléguant des engagements écrits antérieurs, ἤδη διὰ τὸ συγγραφὰς ἔχειν παρ' ἑτέρων. Xénophon (*De arte equit.*, II, 2) parle également d'un contrat écrit relatif au dressage d'un cheval, συγγραψάμενον ἃ δεήσει ἐπιστάμενον ἀποδοῦναι.

(2) V. *supra*, p. 162 et *s*.

(3) V. sur le serment prêté par l'entrepreneur et ses cautions, *supra*, p. 57.

prises de travaux publics varient fort peu d'une extrémité de la Grèce à l'autre : « Il s'était formé sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, une espèce de droit international, et cela d'autant plus aisément que les adjudications étaient, en général, ouvertes aux étrangers [1]. »

Entreprises de travaux publics [2]. — Nous possédons, sur ce point, une série d'inscriptions très complètes et fort intéressantes, non seulement pour l'Attique mais encore pour d'autres villes grecques. Ces inscriptions sont, ou bien des comptes de commissaires préposés aux constructions adjugées à l'entreprise [3], ou bien des contrats même d'entreprise. Parmi ces dernières nous citerons notamment l'inscription athénienne de 307 relative à la reconstruction des murs [4], le contrat de Délos [5], celui d'Erétrie [6] et les devis de Lébadée [7]. Ces inscriptions renferment, d'une part, la description détaillée des ouvrages à exécuter, ou cahier des charges, et, d'autre part, les clauses juridiques applicables aux travaux. Elles permettent d'établir une théorie à

(1) Homolle, *in Bulletin*, XIV, p. 462, note 3.

(2) V. sur cette matière : Dareste, *Les entreprises de travaux publics chez les Grecs*, in *Annuaire*, 1877, p. 107 et s. ; Fabricius, *De architectura græca, comment. epigr.*, Berlin, 1881 et *in Hermes*, t. XVII, p. 1 et s., p. 551 et s ; Choisy, *Etudes épigraphiques sur l'architecture grecque*, Paris, 1884 ; Homolle, *Les Archives de l'intendance sacrée à Délos*, Paris, 1884 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 143 et s. ; Chavannes, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* ; Keil, *Die Rechnungen über den epidaurischen Tholosbau*, in *Mittheilungen*, 1895, p. 20 et s.

(3) Tels sont les comptes des préposés aux constructions de l'Acropole, au Ve siècle. *Corp. inscr. att.*, I, 300 à 313 ; IV, 297, ab. V. les autres documents du même genre cités par Chavannes, *loc. cit.*, notes 6 à 10.

(4) *Corp. inscr. att.*, II, 167.

(5) *Corp. inscr. gr.*, 2266. Publié et commenté par Fabricius, *in Hermes*, t. XVII, p. 1 et s.

(6) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 143.

(7) Publié et commenté par Fabricius, *in De arch. græca*. Cf. les autres documents énumérés par Chavannes, *loc. cit.*, notes 12 à 16 et les comptes sur la construction du tholos d'Épidaure publiés par Kavvadias, *in Fouilles d'Epidaure*, Athènes, 1893, p. 93, n° 242, avec un commentaire par Keil, *in Mittheilungen*, 1895, p. 20 et s.

peu près complète du contrat d'entreprise dans le droit grec et par suite, celle du louage d'ouvrage.

Pour l'exécution des travaux publics, et nous entendons par là ceux qui concernent des cités, des temples ou d'autres personnes morales de droit public, les Grecs ne recouraient pas seulement à l'entreprise à forfait. Quelquefois, sans passer aucun marché, ils faisaient exécuter ces travaux par des artisans à la journée, ou à la pièce, au prix courant de la main-d'œuvre. Plusieurs temples d'Athènes furent construits de cette manière. Ainsi les comptes du Parthénon ne font nulle part mention d'un entrepreneur et les ouvriers sont toujours payés directement [1]. Le payement, en pareil cas, porte le nom de μισθός. Mais l'entreprise à forfait, par voie d'adjudication, était la procédure le plus généralement suivie, et on la préférait en raison de la facilité qu'elle donnait au contrôle du peuple et comme étant moins propice à la fraude [2].

Il existait vraisemblablement dans les diverses cités grecques une loi générale fixant les principales conditions des marchés d'entreprise [3]. Chaque marché faisait ensuite l'objet d'un contrat particulier, et l'on recourait au règlement général pour les cas qui n'avaient pas été prévus dans ce contrat [4].

Lorsque l'adjudication d'un travail a été décidée, en principe par un décret du peuple approuvant le projet et les devis préparés par l'architecte ou par les autres personnes

(1) *Corp. inscr. att.*, I, 300-313. Cf. Chavannes, *loc. cit.*, p. 812.

(2) Homolle, *in Bulletin*, XIV, p. 466.

(3) L'inscription de Tégée est aussi un règlement général (κοινὰ σύγγραφος) applicable à tous les travaux de la ville. Le Bas-Foucart, *Voy. arch.*, 340 e.

(4) Le règlement précité de Tégée porte *in fine* : « Que pour tout ouvrage, soit religieux, soit civil, qui serait concédé, ce règlement soit valable et s'ajoute au contrat conclu en outre pour cet ouvrage. » De même, le devis de Lébadée renvoie pour les cas non prévus à un ναοποιικὸς νόμος. Cf. Homolle, *in Bulletin*, XIV, p. 462 ; Chavannes, *loc. cit.*, p. 814.

chargées de les dresser [1], les conditions du marché sont portées un certain temps d'avance à la connaissance du public soit par une proclamation du héraut, soit par voie d'affiches [2], car on veut provoquer la concurrence, même de la part des étrangers, ainsi que nous le verrons. Au jour fixé l'adjudication se fait également avec une grande publicité, tantôt devant le peuple, comme à Halicarnasse [3], tantôt devant les commissaires nommés à cet effet, comme à Délos [4]. A Athènes, d'après une inscription, l'adjudication se fait dans le tribunal [5], et suivant une autre, par le ministère des polètes [6]. L'entreprise est adjugée à celui qui offre le plus fort rabais [7], et ce rabais porte soit sur le prix, s'il s'agit d'un marché ordinaire, soit sur la durée de la concession, lorsque l'adjudicataire reçoit en échange de son travail la jouissance des constructions pendant un certain temps [8]. Le contrat se forme entre l'adjudicataire et les autorités ou les commissaires spécialement élus à cet effet, ναοποιοί, ἐπιστάται, ἐσδοτῆρες ou autres [9].

Lorsque le contrat est formé, il est ordinairement gravé sur pierre, ainsi que le devis, συγγραφή, conformément auquel les travaux doivent être exécutés [10]. L'adjudicataire doit, à peine de déchéance, fournir dans le délai fixé des cau-

(1) Cf. Homolle, *loc. cit*,

(2) Le Bas-Foucart, 326 *a*, § XII : ἐγδόντω προκαρύξαντες.

(3) Dareste, *loc. cit.*, p. 109.

(4) Homolle, *loc. cit.*, p. 463.

(5) *Corp. inscr. att.*, II, 834 : ἐν τῷ δικαστηρίῳ, probablement le tribunal des commissaires. Dareste, *loc. cit.*

(6) *Corp. inscr. att.*, II, 834.

(7) Le Bas-Foucart, 326 *a*, § XII : τῶν τε ἐλάχιστον ὑφισταμένωι λάμψεσθαι διάφορον. Cf. Homolle, *loc. cit.*, p. 463, note 3.

(8) Dareste, *loc. cit.*, p. 109.

(9) Cf. Fabricius, *De arch. gr.*, p. 25 ; Hermann-Thalheim, p. 116 ; Keil, *loc. cit.*, p. 53.

(10) Une inscription de Délos met aux frais de l'entrepreneur l'achat, la gravure et la mise en place de la stèle. *Bulletin*, XIV, p. 463, note 8. Un exemplaire du contrat peut aussi quelquefois être déposé chez un tiers. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 150, l. 61-63.

tions solvables, dont le nombre varie naturellement suivant l'importance du travail et la solvabilité présumée de l'entrepreneur [1]. Le contrat n'est même signé qu'après que les cautions ont été fournies, car les signatures des cautions y figurent à côté de celles des parties et des témoins [2]. Ces cautions endossent toutes les obligations et risques financiers résultant du contrat. Plusieurs inscriptions attestent que leur responsabilité n'était point purement théorique et qu'elles payaient assez souvent pour l'entrepreneur [3]. La cité ou le temple doivent-ils, de leur côté, fournir à l'entrepreneur des garanties ? Cela est possible, mais on n'en trouve pas de traces dans les inscriptions [4]. On voit seulement, dans le contrat d'Erétrie, que les habitants de la ville doivent prêter le serment d'observer fidèlement toutes les clauses du contrat [5].

Les règlements d'entreprises renfermaient des dispositions destinées à assurer la libre concurrence dans les adjudications. Ainsi le règlement de Tégée punit d'une amende prononcée par les ἐσδοτῆρες tout trouble apporté aux adjudications [6]. D'autre part, on admettait les entrepreneurs étrangers aux adjudications, et les règlements renfermaient même diverses clauses de nature à les attirer. Ainsi à Hermione et à Trézène, on leur accordait des indemnités de voyage [7]. D'autres fois on leur accordait des indemnités spéciales soit

(1) *Corp. inscr. gr.*, 2266 ; devis de Lébadée, § VI, l. 47 ; *Bulletin*, XIV, p. 463. Cf. Keil, p. 42-44 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 496, 498. Le cautionnement est exigé quelquefois pour des travaux d'une importance minime. Ainsi Dionysodore de Mélite, qui avait été chargé de peindre à l'encaustique la cimaise de l'architrave de l'Erechthéion à Athènes, avait dû fournir une caution. *Corp. inscr. att.*, I, n° 324 *a*.

(2) *Corp. inscr. gr.*, 2266 ; *Bulletin*, XIV, p 463.

(3) V. les textes cités *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 498, note 1.

(4) Cf. Keil, *loc. cit.*, p. 48.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 148, § 11, l. 142 et s.

(6) Dareste, *loc. cit.*, p. 113.

(7) Ἐφόδιον καὶ ναῦσθλον. Le Bas-Waddington, suppl. au 2e vol. par Foucart, nos 157 a et 159 b.

pour leur personne soit pour leur matériel. Ainsi dans l'entreprise d'Erétrie, un décret spécial accorde l'exemption du droit de prise (ἀσυλία) à l'adjudicataire Chærephanès. Celui-ci, en effet, en sa qualité d'étranger, se trouvait exposé, pendant la durée de son séjour en Erétrie, à se voir saisi dans sa personne et dans ses biens, non seulement par ses créanciers personnels, mais encore par tout Erétrien qui prétendait être créancier d'un concitoyen de l'entrepreneur en disant qu'il n'avait pu obtenir justice dans la patrie de celui-ci [1]. L'exemption du droit de prise est également accordée aux ouvriers et aux associés de Chæréphanès [2]. Le contrat de Délos accorde à l'adjudicaire, outre l'ἀσυλία, l'exemption des droits de douane pendant la durée des travaux et trente jours après pour exporter en franchise tout ce qui lui appartient [3]. Aussi, grâce à ces faveurs, une bonne partie des entreprises de travaux publics se trouvait-elle entre les mains d'étrangers [4].

On se préoccupait aussi de prévenir les coalitions d'entrepreneurs ou l'accaparement des travaux. Ainsi le règlement de Tégée défend de s'associer à plus de deux pour un même ouvrage à peine de 50 drachmes d'amende pour chacun des contrevenants. Il interdit, d'autre part, de se charger, sans le consentement unanime des héliastes, de plus de deux travaux à la fois, sous peine d'une amende de 50 drachmes par mois pour chacun des travaux en surplus, jusqu'à ce que l'entrepreneur les ait abandonnés [5]. Le règlement de Délos, plus libéral, permettait les associations de trois entrepreneurs et ne fixait aucune limite au cumul des entre-

(1) V. sur le droit de prise : Dareste, *Du droit de représailles*, in *Revue des Etudes grecques*, II (1889), p. 305 et s.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 148, § 10, l. 35-41 et p. 154.

(3) *Corp. inscr. gr.*, 2266 ; *Bulletin*, XIV, p. 464, note 1.

(4) *Bulletin*, XIV, p. 466.

(5) Le Bas-Foucart, n° 340 e, l. 21 et s. La même restriction existait aussi probablement dans les contrats d'Epidaure. Cf. Keil, *loc. cit.*, p. 40.

(6) *Bulletin*, XIV, p. 464.

prises [6]. Par contre, ce même règlement autorise contre l'adjudicataire l'exercice d'une δίκη ψεύδους de la part d'un des concurrents évincés. Par cette action, qui constituait une sorte de docimasie, le demandeur accusait l'adjudicataire d'intentions frauduleuses, de défaut de qualité ou de toute autre contravention aux dispositions du règlement et, s'il réussissait, l'adjudication était résiliée à son profit [1].

Le contrat d'entreprise fait naître des obligations à la charge des deux parties. En ce qui concerne d'abord le maître, il doit faire à l'entrepreneur les payements convenus. L'usage suivi à cet égard dans les contrats grecs est différent de celui qui se pratique aujourd'hui. Chez nous, les paiements à compte ne s'effectuent, en général, qu'au fur et à mesure de l'avancement des travaux, ou des matériaux approvisionnés. En Grèce, au contraire, et probablement parce que les entrepreneurs n'avaient pas des fonds suffisants pour faire les avances nécessaires, les paiements précédaient toujours les travaux [2]. Ainsi à Délos, d'après les comptes et inventaires de l'an 279, aussitôt après la constitution des cautions, l'entrepreneur reçoit la moitié du prix convenu, déduction faite du dixième de garantie. L'autre moitié est versée après achèvement de la moitié de l'ouvrage, mais toujours sous la même déduction. Quant au dixième de garantie, ou ἐπιδέκατον, il est gardé jusqu'au plein achèvement et à la réception des travaux. Il sert à assurer le recouvrement des amendes que pourrait encourir l'entrepreneur en raison de ses contraventions au cahier des charges [3]. Le nombre des versements à compte (δόσις) peut varier naturellement suivant l'importance et la durée des travaux. Ainsi d'autres contrats de Délos prévoient trois ou quatre

(1) Cf. Fabricius, *in Hermes*, XVII, p. 13. Il est assez difficile, du reste, de bien saisir la portée de cette action.

(2) Dareste, *loc. cit.*, p. 110.

(3) *Bulletin*, XIV, p. 464.

versements [1]. A Lébadée, il y a trois δόσεις et le dixième de garantie [2]. Les versements sont faits par les commissaires délégués, à Délos par les ἐπιστάται et ceux-ci, en cas de retard, sont personellement condamnés envers l'entrepreneur à une amende égale à la somme qu'ils sont en retard de lui payer. L'entrepreneur est même autorisé à exercer une πρᾶξις, c'est-à-dire à pratiquer une saisie sur les biens de son débiteur pour arriver à se faire payer [3].

L'entrepreneur, de son côté, doit, aussitôt qu'il a reçu le premier versement, se pourvoir dans un délai très court [4] du matériel nécessaire aux travaux, fournir les engins et des ouvriers capables [5]. Toutefois le maître se réserve quelquefois la fourniture de certains matériaux comme la pierre, le bois, le bronze ou les briques. Pour ces matériaux, les commissaires traitent alors directement avec les fournisseurs ou en font l'objet d'adjudications séparées [6].

L'entrepreneur est tenu, d'autre part, de terminer les travaux dans le délai fixé par le contrat [7]. En cas de retard, il doit payer une amende qui est généralement fixée à une certaine somme par chaque jour de retard. Si l'entrepreneur suspend les travaux, il est frappé d'une amende et le reste est remis en adjudication. Il doit en outre les

(1) *Ibid.*, p. 464, note 4.

(2) Fabricius, *De archit. gr.*, p. 40.

(3) *Corp. inscr. gr.*, 2266, l. 16-17 ; ἐὰν δὲ μὴ διδῶσιν οἱ ἱεροποιοὶ καὶ ἐπιστάται τὸ ἀργύριον ὡς γέγραπται... ὀφειλόντων οἱ ἱεροποιοὶ καὶ οἱ ἐπιστάται τῷ ἐργώνῃ τὴν ἴσην ἐπιφοράν, καὶ ὁ ὦνος ἐπιμόνος ἔστω καὶ ἡ πρᾶξις ἔστω. — Les ouvriers, lorsqu'ils n'étaient pas payés par l'entrepreneur, pouvaient eux-mêmes quelquefois saisir certains matériaux de construction. Cf. Keil, p. 48, note 1, *in fine*.

(4) Dix jours à Lébadée : Fabricius, *loc. cit.*, p. 34.

(5) *Bulletin*, XIV, p. 465 ; Fabricius, *loc. cit.*, p. 34.

(6) *Bulletin*, XIV, p. 455-466 ; Fabricius, *in Hermes*, t. XVII, p. 18.

(7) Le délai est de quatre ans, par exemple, pour le contrat de dessèchement des marais d'Erétrie. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 144, § 3, l. 7.

(8) V. Contrat de Délos, *in* Ἐφημ. ἀρχ., 1887, p. 17, 19 et s. Cf. Fabricius, *in Hermes*, XVII, p. 9 ; Keil, *loc. cit.*, p. 49-50.

sommes qu'il a reçues et peut-être aussi la différence entre les deux adjudications [1]. L'entrepreneur n'est point toutefois responsable de l'interruption des travaux ayant pour cause soit la faute du maître, soit un cas de force majeure. Ainsi le contrat de Lébadée dispose que si les commissaires ne livrent pas à temps les pierres qu'ils doivent fournir à l'entrepreneur, celui-ci aura, pour achever son travail, un délai supplémentaire égal au temps pendant lequel il a dû le suspendre pour ce motif [2]. Le contrat d'Erétrie stipule de même que l'entrepreneur pourra, dans le cas où une guerre l'empêcherait de terminer ses travaux dans les termes du contrat, réclamer, au retour de la paix et du jour où les travaux seront possibles, un supplément de délai égal au temps pendant lequel la guerre les aura arrêtés [3]. Le règlement de Tégée prévoit également l'arrêt ou la dégradation des travaux par l'effet d'une guerre, et accorde à l'entrepreneur le droit de réclamer soit une indemnité, soit la résiliation du marché, suivant les cas [4]. L'entrepreneur doit aussi jouir d'un délai supplémentaire lorsque, pendant le cours des travaux, les commissaires, usant du droit qui leur est quelquefois réservé par le contrat, estiment qu'il y a lieu d'augmenter la quantité prévue des ouvrages à exécuter. Le droit pour le maître d'apporter des modifications au devis paraît, du reste, avoir été beaucoup plus étendu dans les entreprises grecques que de nos jours, et l'on ne voit pas que l'entrepreneur ait été autorisé à demander la résiliation du marché lorsque l'augmentation ou la diminution des travaux excédait un certain taux. Le contrat de Lébadée décide, en effet, d'une manière absolue, que s'il y

(1) *Corp. inscr. gr.*, 2266, l. 4 et s; contrat de Lébadée, l. 1-5. Cf. Fabricius, *De arch. gr.*, p. 30-31 et *in Hermes*, XVII, p. 9. A Lébadée l'entrepreneur doit rembourser, outre les sommes avancées, τὸ ἐπίπεμπτον κτλ.

(2) Fabricius, *De arch. gr.*, p. 39.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 145, § 5, l. 13-17.

(4) Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 114.

a lieu d'augmenter ou de réduire les quantités prévues des ouvrages à exécuter, l'entrepreneur devra se conformer aux ordres qu'il reçoit [1]. Le même contrat dispose qu'il devra exécuter les travaux complémentaires aux mêmes conditions que les travaux prévus et qu'il en touchera le prix après réception [2].

En ce qui concerne maintenant les dispositions relatives à l'exécution des travaux, nous voyons que la police en appartient aux commissaires délégués. Ils ont le droit d'infliger des amendes à l'entrepreneur pour toute infraction aux clauses du contrat et pour toute malfaçon reconnue [3]. Peut-être cependant, ainsi que le décide expressément le règlement de Tégée, l'entrepreneur avait-il un recours devant le tribunal compétent ou devant une autorité supérieure [4]. Lorsqu'un ouvrier commet une faute, il est expulsé des chantiers et ne peut plus y être admis ; s'il refuse d'obéir, il est mis à l'amende ainsi que l'entrepreneur [5]. Les commissaires veillent à ce que l'entrepreneur ne commette aucun dommage dans le cours des travaux, sinon à ce qu'il le répare à ses frais dans le délai qu'ils lui impartissent. Ils contrôlent l'exécution des travaux conformément aux prescriptions du cahier des charges, et spécialement vérifient chaque pierre avant sa mise en place. Si l'entrepreneur ne se conforme pas à la loi du contrat, les commissaires, outre les amendes qu'ils peuvent lui infliger, ont le droit de prononcer la résiliation totale ou partielle du marché, et de faire exécuter les travaux soit en régie, soit par un autre entrepreneur aux frais de l'adjudicataire déchu [6].

(1) Fabricius, *De arch. gr.*, p. 36. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 114.

(2) Fabricius, *loc. cit.*, p. 41.

(3) Contrat de Lebadée, Fabricius, *De arch. gr.*, p. 35 ; règlement de Tégée. l. 17 et s., 45 et s.

(4) Cf. Fabricius, *in Hermes*, XVII, p. 11 ; Hermann-Thalheim, p. 117, note 3.

(5) Contrat de Lébadée, Fabricius, *De arch. gr.*, p. 35.

(6) Cf. Fabricius, *De arch. gr.*, p. 38 ; Dareste, *loc. cit.*, p. 111-113.

La juridiction des commissaires ne porte pas seulement sur l'exécution des obligations de l'entrepreneur ; elle s'applique, d'une manière générale, à toutes les questions contentieuses qui peuvent s'élever à l'occasion de l'entreprise. Ainsi le contrat de Lébadée dispose que s'il surgit une contestation entre les différents entrepreneurs d'un même travail, la décision en appartiendra aux commissaires souverainement et sans recours. Des dispositions analogues se rencontrent à Délos et à Tégée [1]. Le règlement de Tégée renferme encore une disposition très intéressante relativement aux contestations qui peuvent s'élever à l'occasion des travaux. Dans le but de prévenir des conflits de juridiction, ou tout au moins des retards fâcheux, nuisibles à l'entreprise, il décide qu'il ne sera pas permis de plaider ailleurs qu'à Tégée au sujet des ouvrages adjugés. Les entrepreneurs étrangers ne peuvent ainsi porter leurs différends devant les tribunaux de leur pays et, en cas de contravention à cette défense, ils sont punis d'une amende double de la somme par eux réclamée [2].

Les travaux terminés, on procède à leur réception. A Délos, l'entrepreneur avertit les épistates et l'architecte, et ceux-ci doivent procéder à la réception dans les dix jours de l'avis, sinon les travaux sont censés reçus et l'entrepreneur a droit à se faire payer le dixième de garantie. La réception est faite d'abord séparément pour chaque espèce de travaux puis pour l'ensemble [3]. Il semble que, dans le droit grec, la réception des travaux dégage l'entrepreneur de toute responsabilité relativement aux malfaçons qui n'auraient point été alors découvertes et dont l'effet nuisible vient à se produire ultérieurement. On ne rencontre, en effet, dans les différents contrats d'entreprise que nous

(1) Dareste, *loc. cit.*, p. 112 ; Fabricius, *De arch. gr.*, p. 39.
(2) Dareste, *ibid.*
(3) Cf. Fabricius, *in Hermes*, XVII, p. 11 ; Dareste, *loc. cit.*, p. 110.

possédons, aucune disposition semblable à celle de nos lois [1] qui prolonge la responsabilité de l'entrepreneur pendant un certain temps pour les vices cachés [2].

Le louage d'ouvrage qui finit, comme nous venons de le voir, par l'achèvement de l'ouvrage, prend-il fin également par la mort de celui qui a engagé ses services, entrepreneur ou ouvrier? L'affirmative est conforme à la nature de ce contrat qui repose principalement sur la considération de la personne qui a engagé ses services. Cette solution devait être admise dans le droit grec, à moins qu'il ne s'agit de faits susceptibles d'être exécutés d'une manière à peu près équivalente par diverses personnes [3]. Il peut, du reste, être dérogé à la règle par une convention expresse, et cette dérogation se justifie surtout dans le cas d'entreprise de travaux publics, en raison des avances faites par l'entrepreneur. Aussi voyons-nous dans le contrat d'Erétrie que si l'adjudicataire Chæréphanés vient à mourir avant d'avoir terminé son travail, le marché tiendra avec ses héritiers, et que ceux-ci pourront exiger des habitants d'Erétrie un nouveau serment dans les mêmes termes que celui prêté au profit de leur auteur [4].

Les entreprises de travaux publics peuvent mettre soit la cité ou toute autre personne morale, soit l'entrepreneur en rapport avec des tiers. Il peut y avoir lieu notamment à des occupations temporaires de terrains voisins des travaux ou même à des expropriations définitives. Ces occupations ou expropriations sont possibles, comme nous l'avons vu, pour cause d'utilité publique [5]. Lorsqu'il doit y être procédé, le contrat renferme à ce sujet des dispositions spéciales, à moins qu'elles ne soient édictées par un décret particulier.

(1) Cf. art. 1792 c. civ.
(2) Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 117.
(3) Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 116.
(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 146, l. 27-29.
(5) V. *supra*, t. III, p. 153.

Le contrat d'Erétrie prend soin de régler d'avance toutes les difficultés qui pourraient s'élever entre les tiers et l'entrepreneur, détermine les travaux que celui-ci est autorisé à faire sur les fonds d'autrui pour mener à bien son entreprise de desséchement et fixe les indemnités à payer [1].

Entreprises de transport. — Les transports, qui jouent un si grand rôle dans la vie économique des peuples modernes, avaient également une grande importance dans la société grecque, et la prospérité de certaines villes, d'Athènes notamment, était due aux opérations commerciales auxquelles elle se livraient. Ces opérations nécessitaient de nombreux transports qui alors, eu égard à la configuration du pays et à la situation des villes, s'effectuaient principalement par la voie maritime. Or, pour les réaliser, on pouvait recourir à l'un des deux contrats suivants, ou bien à la location d'un navire, ou bien au contrat de transport. Le premier n'est, comme nous l'avons déjà observé [2], qu'une application aux navires du contrat de *locatio rei*. Le contrat de transport rentre, au contraire, dans la *locatio operis* ; le voiturier est un *conductor*, car il emporte avec lui (*conducit*) la chose dont on lui a confié le transport.

Malgré la fréquence du contrat de transport, nous ne possédons presque aucun renseignement concernant les règles qui le gouvernaient. Il devait être régi par les principes combinés du louage et du mandat. L'entrepreneur était manifestement responsable de la perte et des avaries des choses qu'il s'était chargé de transporter, à moins qu'il ne prouvât que la perte ou les avaries avaient pour cause un cas de force majeure [3].

Les anciens auteurs nous ont laissé quelques indications sur le taux du fret (ναῦλον). On voit qu'il était généralement

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 146, § 6, l. 17 et s. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 116.

(2) *Supra*, p. 159.

(3) Caillemer, *Contrat de louage*, p. 31.

assez bas. Ainsi la traversée d'Egine au Pirée coûtait seulement deux oboles à l'époque de Platon [1], mais à l'époque de Lucien elle en coûtait quatre [2]. Le transport d'une famille d'Egypte ou du Pont au Pirée se payait deux drachmes [3]. Le fret pour les marchandises était beaucoup plus élevé. Ainsi le transport d'un chargement de bois de Macédoine au Pirée avait coûté 1750 drachmes à l'époque de Démosthène [4]. Un traité de commerce entre Athènes et Céos relatif à l'exportation du minium fixait le fret à une obole par talent ou par poids de 26 kilogrammes [5]. La cherté relative du fret des marchandises, ainsi que Böckh l'a observé, permet de comprendre pourquoi l'on pouvait se contenter d'une somme fort minime pour le transport des passagers [6].

B. — De la *locatio operarum*.

Le contrat de louage de services avait, dans le monde grec, et à Athènes notamment, une importance beaucoup moindre que dans les sociétés modernes. C'est qu'en effet la plus grande partie des services qui font aujourd'hui l'objet de ce contrat étaient rendus dans les cités antiques par des esclaves. Ceux-ci étaient employés presque exclusivement soit comme serviteurs, soit même comme ouvriers. Il ne pouvait être question d'aucune relation juridique entre l'esclave ainsi employé et son maître, puisque l'esclave n'avait en droit aucune personnalité. Lorsque, d'autre part, un citoyen, ne possédant pas assez d'esclaves, louait ceux

(1) Platon, *Gorgias*, 67 (Didot, p. 375).

(2) Lucien, *Navigium*, 15.

(3) Platon, *loc. cit.* Cf. Bœckh, t. I, p. 150 ; Hermann-Thalheim, p. 97, note 7 ; Caillemer (*loc. cit.*) juge toutefois ce chiffre inadmissible quand on le compare au prix des transports des marchandises.

(4) Démosthène, *C. Timoth.*, § 29.

(5) *Corp. inscr. att.*, II, 546. Cf. Bœckh, t. II, p. 312.

(6) Bœckh, t. I, p. 150.

qui appartenaient à une autre personne, il intervenait un contrat de *locatio rei* entre le propriétaire des esclaves et le locataire [1], mais il n'était point question d'un louage de services.

Les services que l'on avait l'habitude de demander aux esclaves pouvaient néanmoins être également rendus par des hommes libres, citoyens ou métèques, qui n'ayant pas d'autres moyens d'existence, mettaient, comme le dit Platon, leurs forces à la disposition d'autrui moyennant un salaire, μισθός, et que l'on appelait, en conséquence, μισθωτοί [2]. Isée parle également d'hommes libres que leur indigence contraint εἰς τοὺς μισθωτοὺς ἰέναι [3]. Toutefois le caractère servile des occupations pour lesquelles se louaient ces μισθωτοί de condition libre n'avait nullement pour effet de les assimiler aux esclaves au point de vue juridique. Démosthène prend soin, au contraire, de distinguer entre des portefaix salariés et des esclaves, μισθωτοὶ ἢ οἰκέται, et de dire que si ceux-ci pouvaient être mis à la question, il n'en était pas de même des premiers [4]. En fait, néanmoins, il ne devait pas y avoir une bien grande différence entre la situation des μισθωτοί de condition libre et celle des esclaves [5]. Le louage de services pouvait, du reste, être simplement un moyen temporaire de se procurer un supplément de revenus, comme pour les soldats ou matelots athéniens qui, dans leurs expéditions, occupaient quelquefois leurs loisirs en se louant pour des travaux de culture [6].

(1) V. *supra*, p. 159.

(2) Platon, *Civitas*, p. 371 *e* : οἱ δὲ πωλοῦντες τὴν τῆς ἰσχύος χρείαν τὴν τιμὴν ταύτην μισθὸν καλοῦντες κέκληνται μισθωτοί.

(3) Isée, *De Dicæog. her.*, § 39. Cf. Isocrate, *Plataic.*, § 48; Démosthène, *C. Eubul.*, § 45. V. Büchsenschütz, p. 344 ; Schœmann, sur Isée, p. 310 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 729 ; Brandts, *De la condition du travailleur libre dans l'industrie athénienne*, in *Revue de l'instruction publique en Belgique*, XXVI, 1883, p. 100 et s.

(4) Démosthène, *C. Timoth.*, § 52. Cf. Caillemer, *Contrat de louage*, p. 32.

(5) Büchsenschütz, p. 345. Cf. Platon, *Eutyph.*, 4.

(6) Xénophon, *Hellen.*, II, 1, 1. ; VI, 2, 37.

La *locatio operarum* peut, dans le droit attique, avoir pour objet un service quelconque. Ainsi d'abord on peut louer ses services pour les travaux des champs, et les sources nous montrent qu'à côté des esclaves les agriculteurs employaient souvent des ouvriers libres [1], notamment lorsque le prompt enlèvement des récoltes rendait nécessaire un personnel supplémentaire [2]. On pouvait également s'engager pour d'autres travaux domestiques, comme pour le service de la table [3]. Il y a de même *locatio operarum* de la part de ceux qui louent leurs services comme portefaix pour transporter des marchandises ou des bagages [4]. On rencontre pareillement des travailleurs libres dans les entreprises industrielles, comme les constructions de bâtiments [5]. Nous signalerons enfin une classe de mercenaires libres fort importante, et recrutée de préférence parmi les métèques, à savoir ceux qui servaient dans la flotte ou dans l'armée [6]. En général, le taux des salaires était assez faible, soit en raison du bon marché des choses de première nécessité, soit à rai-

(1) Cf. Brandts, *loc. cit.* Cet auteur étudie principalement le côté économique de la question.

(2) Pollux, VII, 141 : ἔριθοι δὲ καὶ τρυγήτρειαι, καὶ καλαμητρίδες καὶ προάστριαι καὶ φρυγανίστρειαι. Hésychius, v° προάστριαι. Démosthène, *C. Eubul.*, § 45 : ἔριθοι καὶ τρυγήτριαι. Un catalogue d'offrandes votives à Athènes renferme les noms de plusieurs μισθωτοί, c'est-à-dire de simples journaliers, dont deux vignerons : *Corp. inscr. att.*, II, 768, col. 1, l. 24-26, col. 2, l. 11-13 ; 769, col. 2, l. 4-6 ; 772, col. 2, l. 10-12 ; 773, col. 2, l. 6-9. Pour cueillir les olives ou louait des travailleurs libres à qui l'on donnait un μισθός : Aristophane, *Vesp.*, 712. V. Xénophon, *Hellen.*, II, 1, 1 ; VI, 2, 37 ; Théophraste, *Char.*, 4 ; Térence, *Adelph.*, 541. Cf. Büchsenschütz, p. 346 ; Guiraud, p. 454. Sur l'emploi des ouvriers libres à l'époque homérique, v. Guiraud, p. 73.

(3) Théophraste, *Char.*, 22.

(4) Pollux VII, 130 : οἱ ἐξ ἀγορᾶς ἢ ἐκ λιμένος κομίζοντες ἀχθοφόροι.... ὑδροφόροι, ξυλοφόροι, σκευοφόροι, κτλ. Après son énumération des différentes industries du même genre, Pollux résume en ces termes : τὸ δὲ σύμπαν εἰπεῖν, μισθωτοί. Cf. Aristophane, *Ran.*, 172 et s. ; Scholie sur Aristophane, *Eccles.*, 77 ; Démosthène, *C. Timoth.*, § 52.

(5) Pollux, VII, 130 : πλινθοφόροι, πηλοφόροι.

(6) Cf. Büchsenschütz, p. 349 et s. ; Schœmann-Galuski, t. I, p. 482.

son de la concurrence que le travail servile faisait au travail libre [1].

En droit romain, le contrat de louage d'ouvrage ne pouvait avoir pour objet qu'un fait, d'une part, s'appliquant à une chose corporelle, d'autre part, exactement appréciable en argent. On en avait conclu qu'un certain nombre de services professionnels, notamment ceux du professeur, de l'avocat, du médecin, en un mot des personnes exerçant une profession libérale, ne pouvaient faire l'objet d'un louage. Ces services ne donnaient point naissance à l'action *locati*, mais seulement à une *persecutio extra ordinem* [2]. Le droit attique n'a pas connu les susceptibilités qui avaient inspiré les jurisconsultes romains, et il admettait l'existence d'un louage alors même que celui qui promettait ses services exerçait une profession libérale. Les salaires des professeurs spécialement, salaires qui étaient quelquefois considérables [3], pouvaient être réclamés par une action μισθοῦ ou μισθώσεως. Ainsi Diogène Laërce nous dit que Protagoras fut obligé de plaider contre un de ses disciples qui lui refusait son salaire (τὸν μισθόν), et l'historien nous a résumé, d'après le plaidoyer de Protagoras (δίκη ὑπὲρ μισθοῦ) qui existait encore à son époque, les arguments invoqués par le sophiste contre son adversaire [4]. Peut-être, du reste, intervenait-il des contrats écrits, συνθῆκαι. C'est ce que l'on pourrait induire de ce qu'Andocide

(1) Cf. sur le taux des salaires : Büchsenschütz, p. 347 ; Bœckh, t. I, p. 148.

(2) L. 1, D. *De extr. cogn.*, L, 13. Cf. Accarias, t. II, n° 619.

(3) Ainsi Protagoras demandait à ses disciples pour un enseignement complet 100 mines, plus de 9000 francs : Diogène Laërce, IX, 12. Gorgias et Zénon réclamaient la même somme : Diodore de Sicile, XII, 53 ; Platon, *Alcibiade*, I, 14 (Didot, p. 478). Un siècle plus tard, c'est-à-dire au IVe siècle, les professeurs d'éloquence, Isocrate notamment, se contentaient de 1000 drachmes : Démosthène, *C. Lacrit.*, § 43. Toutefois, au dire du moins d'Eschine, Démosthène aurait exigé jusqu'à trois talents : Eschine, *C. Timarch.*, § 172. V. au surplus, sur les honoraires des professeurs, des médecins et des musiciens : Bœckh, t. I, p. 152 et s. ; Büchsenschütz, p. 563 et s.

(4) Diogène Laërce, IX, §§ 55-56 ; Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 732 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 33.

nous rapporte d'Alcibiade et du peintre Agatharque. Lorsqu'en effet Alcibiade voulut contraindre le peintre à décorer sa maison, celui-ci répondit qu'il lui était impossible de le faire immédiatement en raison des contrats qu'il avait passés antérieurement : ὡς οὐκ ἂν δύναιτο ταῦτα πράττειν ἤδη διὰ τὸ συγγραφὰς ἔχειν παρ' ἑτέρων [1]. Aussi, pour vaincre la résistance du peintre, Alcibiade dut-il recourir à la violence et séquestrer l'artiste pendant plusieurs mois. Ce récit prouve, au surplus, que les contrats intervenus entre un professeur ou un artiste et un particulier étaient également obligatoires pour les deux parties. Si celui qui avait engagé ses services pouvait en réclamer le prix par une δίκη μισθοῦ, à l'inverse celui qui avait traité avec le professeur ou l'artiste pouvait, sinon forcer son cocontractant à rendre le service promis, du moins, en cas d'inexécution, agir contre lui soit par l'action συνθηκῶν παραβάσεως, soit par l'action βλάβης. Dans le cas d'Agatharque, les personnes qui avaient traité avec le peintre auraient eu le droit d'agir par la δίκη βλάβης contre Alcibiade, à qui était imputable l'inexécution par l'artiste de ses engagements antérieurs [2].

Il semble même que dans le droit attique, à la différence de ce qui avait lieu dans le droit romain, un service contraire à la loyauté ou aux bonnes mœurs ait pu faire valablement l'objet d'un louage. Mais nous avons établi précédemment que, si l'on dressait des συγγραφαί à l'occasion de semblables conventions, celles-ci ne pouvaient cependant servir de base à une action judiciaire [3].

On s'est demandé si le contrat de louage de services, lorsqu'il s'appliquait à des ouvriers, n'était point l'objet d'un contrôle de la part de l'Etat. Il semble que, dans quelques localités, les agoranomes aient été investis à cet égard de

(1) Andocide, *C. Alcib.*, § 17.
(2) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 34.
(3) V. *supra*, p. 42 et s.

certaines attributions de police [1]. Un décret honorifique de Paros félicite, en effet, un agoranome d'avoir eu soin que les journaliers et leurs patrons fussent équitables les uns envers les autres, les premiers s'acquittant en conscience de leur besogne, les seconds payant sans contestation [2].

L'ouvrier peut se louer non seulement à la journée mais aussi pour une période plus ou moins longue. Certaines législations interdisent aujourd'hui l'engagement des services à vie [3]. Il ne paraît pas que le droit attique ait admis une pareille prohibition. Le louage de services connu sous le nom de θητεία pouvait, croyons-nous, être contracté à vie. C'est, du moins, ce qui nous semble résulter d'un texte de Platon [4].

SECTION III

Contrat de prêt.

§ I. — Du prêt à usage.

Le droit attique, de même que le droit romain, distingue deux sortes de prêt, d'une part, le prêt à usage, correspondant au commodat, d'autre part, le prêt de consommation, correspondant au *mutuum*. Aristote fait figurer ces deux contrats l'un à côté de l'autre dans l'énumération qu'il nous donne des différents συνάλλαγματα ἑκούσια, en appelant χρῆσις le prêt à usage, et δανεισμός le prêt de consomma-

(1) Büchsenschütz, p. 245.

(2) Rangabé, *Antiq. hell.*, II, n° 770 c : περί τε τῶν μισθοῦ ἐργαζομένων καὶ τῶν μισθουμένων αὐτοὺς ὅπως μηδέτεροι ἀδικῶνται ἐφροντίζεν, ἐπαναγκάζων κατὰ τοὺς νόμους τοὺς μὲν μὴ ἀθετεῖν ἀλλὰ ἐπὶ τὸ ἔργον πορεύεσθαι, τοὺς δὲ ἀποδιδόναι τοῖς ἐργαζομένοις τὸν μισθὸν ἄνευ δίκης.

(3) V. Code civil, art. 1780.

(4) Platon, *Eutyphr.*, 4 : ὁ ἀποθανὼν... ἐθήτευεν ἐκεῖ (à Naxos) παρ' ἡμῖν. Cf. Isocrate, *Plataic.*, § 48 ; Xénophon, *Memor.*, II, 8, 2-3.

tion [1]. Ce qui différencie les deux espèces de prêt, c'est que, dans le premier, l'objet du contrat est un corps certain, dans le second, une chose fongible. Si donc, dans les deux cas, le contrat se forme *re*, la tradition, dans le prêt de consommation, est translative de propriété, tandis que, dans le prêt à usage, elle consiste dans la simple remise matérielle de la chose. D'autre part, dans le *mutuum*, celui qui reçoit la tradition contracte une obligation de genre, tandis que, dans le commodat il devient débiteur d'un corps certain.

Le commodat, χρῆσις, peut à Athènes comme d'après notre code, être défini « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre, pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi [2]. » Nous possédons très peu de renseignements relativement à ce contrat, bien qu'il ait dû être aussi usité à Athènes qu'à Rome. Théophraste y fait allusion lorsque, dans sa peinture de la Rusticité, il écrit : « S'il a prêté une charrue, une corbeille, une faux ou un sac, il songe la nuit, dans son insomnie, à réclamer ces objets [3]. » Mais les cas de χρῆσις signalés par les orateurs sont très peu nombreux, probablement en raison de la rareté des procès que ce contrat soulevait. Nous en trouvons un premier exemple dans le plaidoyer de Démosthène contre Timothée. Le célèbre général, ayant reçu la visite d'Alcétas et de Jason, voulut faire honneur à ses hôtes et envoya demander au banquier Pasion de lui prêter des tapis, des couvertures et deux aiguiè-

(1) Aristote, *Eth. Nicom.*, V, 2, § 13.

(2) Code civil, art. 1875.

(3) Théophraste, *Charact.*, 4. Hésiode se réfère aussi probablement au prêt à usage lorsqu'il dit dans ses *Travaux et Jours* (v. 407-408) : « Que ta maison soit pouvue de tous les instruments de culture ; n'aie jamais à les emprunter ; on te refuserait et tu perdrais du temps à chercher. » Le prêt à usage devait être très répandu en Laconie, s'il est vrai, comme l'affirme Xénophon (*Gouvern. des Lacédémon.*, VI, 3), que les Spartiates empruntaient souvent les esclaves, les chiens et les chevaux du voisin.

res d'argent. Il s'agissait là d'un véritable commodat et le prêt des aiguières donna lieu, comme nous le verrons, à une difficulté entre les parties [1]. On a voulu voir un autre cas de commodat dans le discours de Démosthène contre Nicostrate. Celui-ci ayant demandé à Apollodore de lui prêter une somme suffisante pour désintéresser ses créanciers, Apollodore lui répondit : « Je n'ai pas d'argent à ma disposition, mais j'ai des biens et je te permets d'en user comme tu voudras (τῶν δὲ κτημάτων σοι τῶν ἐμῶν κίχρημι ὅ τι βούλει), tu les donneras en hypothèque pour le surplus de la somme qu'il te faut... » [2]. On a vu là une offre de commodat, car en fait, le commodat ne fut pas réalisé, Apollodore ayant emprunté lui-même, directement, en donnant hypothèque sur un de ses immeubles, l'argent nécessaire à Nicostrate [3]. Nous ne croyons point cependant qu'il y ait ici une offre de commodat. Apollodore autorise simplement Nicostrate à constituer hypothèque sur ses biens, autorisation qui était nécessaire pour la validité d'une hypothèque portant sur la chose d'autrui [4]. Par contre, nous trouvons un exemple de commodat dans cet odieux contrat qui intervenait quelquefois à l'occasion d'un procès et par lequel une personne prêtait à une autre des esclaves en vue de la torture et afin d'en tirer un témoignage favorable à sa cause [5].

Le commodat peut avoir pour objet une chose appartenant à autrui, car il est évident que pour transporter à autrui le simple usage d'une chose, il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire [6]. Nous avons un exemple de commodat portant sur la chose d'autrui dans le cas précité de Timo-

(1) Démosthène, *C. Timoth.*, § 22.
(2) Démosthène, *C. Nicostr.*, §§ 12 et 13.
(3) Cf. Wachsmuth, t. II, p. 187, note 172; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 5.
(4) V. *supra*, t. III, p. 215.
(5) V. *supra*, t. II, p. 444.
(6) Caillemer, *loc. cit.*, p. 6.

thée. En effet, au lieu de ne remettre au général que des choses appartenant à son maître, l'esclave de Pasion lui confia par erreur des aiguières qui étaient la propriété de Timosthène et que celui-ci avait déposées chez Phormion, l'associé de Pasion [1]. Le commodat peut, du reste, porter sur un immeuble aussi bien que sur un meuble. Les cas de commodat qui nous sont parvenus se réfèrent, il est vrai, à des objets mobiliers ; mais il n'y a pas de motif pour que le commodat ne puisse porter sur une chose corporelle quelconque, mobilière ou immobilière [2].

Le commodat est gratuit non pas seulement de sa nature, mais de son essence. Aucun texte, il est vrai, ne le décide. Mais cela résulte de la nature même des choses, car si le prêt n'était pas gratuit, il y aurait un contrat de louage et non plus un commodat [3].

Par suite de cette gratuité du commodat, le commodataire est tenu simplement à la restitution de la chose prêtée à l'époque et au lieu convenus. S'il manque à cette obligation, il doit indemniser le commodant de tout le dommage que lui cause le défaut de restitution. Ainsi, dans le même cas de Timothée, Pasion, responsable du fait de son esclave, ayant dû offrir à Timosthène de lui payer la valeur des aiguières remises par erreur à Timothée et lui ayant compté de ce chef la somme de 237 drachmes, Pasion se trouva autorisé à porter au débit du général, à titre de dommages-intérêts, cette même somme qu'il venait de verser à Timosthène [4].

(1) Démosthène, *C. Timoth.*, §§ 31 et 32.

(2) Cf. l. 1, § 1. D. *Comm.*, XIII, 6.

(3) Caillemer, p. 4 ; Guiraud, p. 279 ; Hermann-Thalheim, p. 91, note 1. Hermann (*Privatalth.*, 1re éd., § 66) enseigne à tort que « l'intérêt fait *souvent* défaut dans la χρῆσις ».

(4) Démosthène, *loc. cit.* D'après la loi de Gortyne, celui qui a reçu à titre de dépôt, de prêt à usage ou de toute autre façon un quadrupède ou une volaille et qui ne peut rendre l'animal en nature, doit en payer la valeur simple ; s'il

Le commodataire ne doit user de la chose que selon la destination pour laquelle elle lui a été remise, et s'il manque à cette obligation, il est tenu de réparer le préjudice qui en résulte pour le commodant. Quelquefois le commodataire peut se trouver obligé à des dommages-intérêts, même s'il a usé de la chose prêtée conformément à la convention. Tel serait le cas d'un prêt d'esclaves pour la torture : l'emprunteur doit alors indemniser le prêteur de la détérioration que la torture a pu leur causer.

Quant au commodant, non seulement il s'engage à ne commettre aucun dol vis-à-vis de l'emprunteur, mais encore il doit indemniser celui-ci des dépenses imprévues qu'il a faites par nécessité et qui ne sont pas la condition même de l'usage.

Existe-t-il une action spéciale pour assurer l'exécution de ces obligations respectives des parties ? Les textes n'en font aucune mention, et probablement on recourait ici aux actions de droit commun, notamment à la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως et à la δίκη βλάβης [1].

§ II. — Du prêt de consommation.

1° *Notions générales.*

Le prêt de consommation, correspondant au *mutuum* du droit romain, est un contrat par lequel l'une des parties (le prêteur) transfère à l'autre (l'emprunteur) la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à la charge par cette dernière de lui rendre, à une époque convenue, une égale quantité de choses de même espèce et de même qualité [2]. L'argent

est allé en justice et a nié le fait, il doit payer la valeur double, plus une amende au profit de la ville. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 394, col. 3, l. 7-17.

(1) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 378 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 699.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 682 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fænus* ; Guiraud, p. 278. Cf. art. 1892 du Code civil.

monnayé est l'objet ordinaire de ce contrat. Mais la définition que nous avons donnée comprend également tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage, comme les denrées alimentaires, et même certains produits qui, comme les étoffes ou les livres, sont de nature à résister plus ou moins longtemps à l'usage, mais peuvent se remplacer par d'autres produits exactement similaires [1].

Le prêt de consommation, surtout le prêt d'argent, était très fréquent à Athènes. Les orateurs, dans leurs plaidoyers, ont souvent à s'en occuper. Parmi les discours qui nous sont parvenus et qui renferment de précieux renseignements à ce sujet, nous citerons le Trapézitique d'Isocrate, les plaidoyers de Démosthène contre Timothée [2], contre Callipe et contre Dyonysodore, plusieurs παραγραφικοὶ λόγοι du même orateur contre Zénothémis, Apatourios, Phormion, Lacritos, Panténète et pour Phormion. Nous avons malheureusement à regretter la perte de plusieurs plaidoyers de Lysias ayant trait spécialement à des questions de prêt, χρέως [3].

A la différence du prêt à usage, qui est toujours gratuit, le prêt de consommation peut entraîner non seulement la restitution d'un objet ou d'une somme de même valeur, mais encore le payement d'une indemnité pour la jouissance de la chose prêtée. Cette indemnité porte le nom d'intérêts, τόκοι. On distingue, en conséquence, deux sortes de prêt de consommation, le prêt simple, ἄτοκον χρέος, lorsque le contrat est à titre gratuit, et le prêt à intérêt, ἐπίτοκον χρέος, lorsqu'il est à titre onéreux. On rencontre, dans les anciens auteurs, deux expressions différentes pour désigner le prêt de

(1) Cf. Accarias, t. II, n° 586.

(2) Ce plaidoyer est spécialement intitulé ὑπὲρ χρέως. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 681, note 547.

(3) V. l'énumération de ces plaidoyers, *in* Meier, Schœmann et Lipsius, p. 681.

consommation, celles de χρέος (ou χρέως) et de δάνειον (ou δάνεισμα, δανεισμός). On a prétendu que la première s'appliquait spécialement au prêt simple et la seconde au prêt à intérêt [1]. Mais cette distinction ne nous paraît nullement confirmée par les textes des orateurs, et, d'une manière générale, la terminologie usitée en matière de prêt n'a pas plus de rigueur que dans beaucoup d'autres parties du droit. Ainsi, d'une part, Isée se sert du mot χρέος pour désigner des créances productives d'intérêts [2]. D'autre part, Démosthène emploie le mot δάνειον et ses dérivés dans une hypothèse où, de l'avis général, l'emprunteur n'avait point à payer d'intérêts [3]. On doit toutefois reconnaître que les mots δάνειον δάνεισμα et δανεισμός sont ordinairement usités lorsqu'il s'agit d'un prêt à intérêt [4]. Ceux qui font valoir leurs capitaux en les prêtant à intérêts se nomment, par suite, δανεισταί, l'on emploie l'expression δανεῖσαι comme synonyme de prêter, et les expressions δανείσασθαι [5] ou δάνεισμα ποιήσασθαι comme synonymes d'emprunter à intérêts [6]. Le mot χρήστης, dérivé de χρέως, désigne également le créancier, prêteur à intérêt, et Aristophane l'applique aux usuriers [7]. Mais le

(1) Cf. Hérault, *Animad.*, II, 24, 4, p. 175 ; Meier et Schœmann, 1re éd., p. 499 ; Philippi, *Symbolæ*, p. 3.

(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 42 : χρέα ἐπὶ τόκοις ὀφειλόμενα.

(3) Démosthène, *C. Timoth.*, § 7.

(4) Démosthène, *C. Pantæn.*, §§ 52, 53 ; *C. Phorm.*, § 51. Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 349 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 682 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1214. Suidas, v° χρήσασθαι, dit : ὅτι τὸ χρῆσαι τοῦ δανεῖσαι αἱρετώτερον. τὸ μὲν γάρ χρῆσαι ἐπὶ φίλων, τὸ δὲ δανεῖσαι πρὸς τοὺς τυχόντας.

(5) Cette différence de signification entre les formes active et moyenne, δανεῖσαι et δανείσασθαι, n'est point toujours rigoureusement observée. Lexic. Seguer. (Bekker), p. 239, 2 : δανειζόμενοι τινες λέγονται : οὐ μόνον οἱ ὑπόχρεοι, ἀλλὰ καὶ οἱ δανεισταί. Cf. Etymol. magn., 248, 23. Démosthène (*Olynth.*, I, § 15) emploie l'expression οἱ δανειζόμενοι pour désigner les prêteurs. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 683, note 551.

(6) Thucydide I, 121 ; Démosthène, *C. Timoth.*, § 12.

(7) Aristophane, *Nub.*, v. 240 ; Schol, *ad h. l.* : Ἀθηναῖοι τοὺς μὲν δανειστὰς χρήστας λέγουσι, τοὺς δὲ ὀφειλέτας χρεωφειλέτας καὶ χρεώστας. Les usuriers

même mot est aussi appliqué au débiteur, à l'emprunteur, ainsi que le remarquent les lexicographes [1], et c'est en ce dernier sens que Démosthène l'emploie à plusieurs reprises [2]. Les expressions χρεώστης et χρεωφειλέτης sont employées exclusivement pour désigner le débiteur [3]. Comme dérivés du mot χρέως, on rencontre les mots κιχράναι et κίχρασθαι, signifiant le premier prêter, et le second emprunter [4].

Dans le droit attique le prêt à intérêt est la règle, le prêt simple l'exception. C'est qu'en effet, ce dernier est un acte de bienfaisance, et les libéralités sont toujours exceptionnelles. Les publicistes étaient, sans doute, hostiles au prêt à intérêt [5]. Ainsi Platon, dans son *Traité des Lois*, ne se contente pas de proscrire l'or et l'argent; il défend spécialement le prêt à intérêt avec cette sanction que, si la défense n'est pas respectée, l'emprunteur sera autorisé à se refuser non seulement au payement de l'intérêt, mais aussi à la restitution du capital [6]. De même, pour Aristote, l'argent est naturellement stérile et ne doit servir qu'à l'échange, et en retirer un fruit, alors qu'il est incapable de rien produire, c'est agir contrairement à la nature [7]. Néanmoins ni les mœurs ni les lois n'étaient défavorables au prêt à intérêt. Les Athéniens

sont aussi qualifiés de τοκισταί. Cf. Koutorga, p 12 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 1214.

(1) Harpocration, v° χρῆσται ; Pollux, III, 85 ; Lexic. Seguer., (Bekker) 316, 1 ; Ammonius, p. 149 ; Thomas Magister, v° χρήστης ; Eustathe, *Odys.*, 1729, 43.

(2) Démosthène, *C. Onet.*, I, § 12 ; *C. Zenoth.*, § 12 ; *C. Phorm.*, § 6.

(3) V. *supra*, p. 232, note 7. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 682.

(4) Philippi, *loc. cit.*, p. 3 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 682.

(5) V. sur la théorie du capital dans l'ancienne Grèce : Brandts, *Coup d'œil sur les débuts de la science économique*, Louvain, 1881, p. 25 et s. et *Revue de l'instruction publique en Belgique*, t. XXV (1882), p. 109-111.

(7) Platon, *Leges*, V, 742 c. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 41.

(8) Aristote, *Polit.*, I, 3, § 23. Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 10, considère, au contraire, l'intérêt comme l'œuvre du capital, ἀρχαίου ἔργον. Cf. Isée, *De Hagn. her.*, § 42.

avaient compris qu'il était juste de permettre au capitaliste de stipuler une indemnité, un intérêt, en échange de la privation de jouissance qu'il s'impose et des risques qu'il court en prêtant à un tiers une somme d'argent. Ils avaient vu, d'autre part, que le prêt à intérêt était favorable à l'intérêt général et qu'il pouvait aider considérablement au succès des opérations commerciales et, par suite, au développement de la richesse publique. Ainsi Démosthène, en parlant spécialement des prêts maritimes, observe très justement que « ce ne sont pas les emprunteurs, ce sont les prêteurs qui font la prospérité de toutes les professions maritimes. Il n'y aura plus de navire, plus de capitaine, plus d'équipage qui puisse prendre la mer, si vous ne faites pas aux prêteurs la part qui leur revient [1]. » Il insiste, dans un autre plaidoyer, sur la nécessité pour les juges de témoigner aux prêteurs la plus grande bienveillance en montrant l'inégalité qui existe entre la situation de l'emprunteur, recevant du bel et bon argent, et le prêteur, obligé de se contenter d'une simple promesse écrite sur une tablette de cuivre ou sur un bout de papier [2]. Aussi, lorsqu'il ne s'agissait pas des usuriers, de ceux qui spéculaient sur la misère des débiteurs poursuivis par leurs créanciers ou sur les passions des fils de famille, de ceux qui, comme le dit Démosthène, « avaient fait des affaires l'art d'en tirer un profit à outrance [3] », lorsqu'en un mot le prêt n'avait aucun caractère odieux, ce contrat était considéré à Athènes comme tout aussi respectable et tout aussi inviolable que le contrat de louage avec lequel il offre une grande analogie [4]. Aussi,

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 51.

(2) Démosthène, *C. Dionys.*, § 1.

(3) Démosthène, *C. Pantœn.*, § 53.

(4) Des économistes modernes ont enseigné qu'au point de vue juridique le prêt à intérêt constitue un louage de capitaux. Mais les jurisconsultes grecs ne paraissent avoir eu aucune notion de ce genre. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1214.

à part la célèbre seisachthie de Solon, qui se justifie du reste par la condition sociale de ceux en faveur de qui elle a été édictée, ne rencontre-t-on dans l'histoire d'Athènes ni soulèvements populaires, comme on en voit à Rome, pour l'abolition des dettes, ni mesures révolutionnaires édictées contre les prêteurs de capitaux.

Abstraction faite des éranes, auxquels nous consacrerons un paragraphe spécial, on ne rencontre dans le droit attique que très peu d'exemples de prêts simples ou sans intérêts. Tel est le prêt qu'Apollodore offre à Nicostrate de lui faire gratuitement pendant un an [1]. Tel est peut-être aussi le prêt que le banquier Pasion fait à Timothée le général, mais ce cas est fort contestable [2]. On peut citer quelques exemples de prêts sans intérêts faits à des communes [3]. Mais ils appartiennent au droit public et non au droit privé.

Le contrat de prêt, qu'il soit simple ou à intérêt, ne requiert aucune formalité [4]. Il peut donc avoir lieu avec ou sans écrit. Dans le premier cas, il est désigné, mais par des auteurs d'une époque relativement récente, par les expressions χειρόδοτον, ἀσύγγραφον [5]. On a enseigné qu'à la différence dans la forme correspondait une différence dans le fond et que la forme la plus simple, la forme verbale, n'aurait été employée que pour le prêt sans intérêts. On a invoqué en ce sens une définition d'Hésychius : χειρόδοτον·

(1) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 12.

(2) Démosthène, *C. Timoth.* Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 682, texte et notes 549, 550. Un papyrus gréco-égyptien, vraisemblablement de l'an 166 avant notre ère, mentionne un prêt sans intérêts. Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 23.

(3) V. les textes cités *in* Hermann-Thalheim, p. 91, note 1.

(4) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 349 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 684. Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 9 ; Guiraud, p. 279. Cf. sur les formes des actes de prêt dans le droit gréco-égyptien : Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11 et s. ; Dareste, *in Nouvelle Revue histor. du droit*, 1894, p. 691-692.

(5) Pollux, II, 152 : χειρόδοτον, δάνεισμα ἄνευ συμβολαίου. Cf. Hésychius, v° χειρόδοτον ; Diodore de Sicile, I, 79.

ἀχρημάτιστον δάνειον [1]. Mais ce texte ne nous paraît point assez explicite pour entraîner une dérogation aux principes généraux du droit attique qui reconnaissent la même force aux conventions écrites. Il nous semble d'autant moins décisif que Pollux et Diodore de Sicile ne font aucune allusion à la distinction que l'on a imaginée. On a objecté, d'autre part, que dans les cas signalés par Démosthène dans ses plaidoyers contre Nicostrate [2] et contre Timothée [3], où le prêt n'a pas été constaté par écrit, il est précisément sans intérêts. Mais la gratuité du prêt s'explique très bien, selon nous, par les circonstances de la cause. Dans le cas de Nicostrate, Apollodore est animé envers celui-ci des intentions les plus libérales, et il lui fait même remise d'une somme de 300 drachmes. Dans le cas de Timothée, le père d'Apollodore spéculait, au contraire, sur le service qu'il rendait à Timothée, et l'on comprend que l'absence d'écrit ait été accompagnée de la gratuité du prêt. Nous estimons, en conséquence, qu'une stipulation verbale d'intérêts est parfaitement possible; sa seule infériorité vis-à-vis d'une stipulation écrite n'a trait qu'à la preuve [4].

Le prêt, lorsqu'il est verbal, peut même avoir lieu sans témoins. Ainsi le père d'Apollodore prêta de l'argent dans ces conditions, et sans même prendre de gages, à Timothée le général [5]. Mais c'était là évidemment un fait exceptionnel, qui n'intervenait qu'entre amis, et la prudence imposait aux capitalistes plus de précautions. On appelait donc des témoins pour assister à la conclusion du contrat et au versement des deniers. C'était là une habi-

(1) Sieveking, p. 28.

(2) V. Saumaise, *De modo usurarum*, p. 392 : χειρόδοτον δάνειον proprie est mutuum gratuitum et minime creditori lucrosum.

(3) Démosthène, *C. Nicostr.*, §§ 8 et s.

(4) Démosthène, *C. Timoth.*, §§ 1 et s.

(5) Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 10.

(6) Démosthène, *C. Timoth.*, § 2.

tude signalée par Démosthène : ἴστε γὰρ δήπου πάντες ὅτι δανείζονται μὲν μετ' ὀλίγων μαρτύρων [1]. Les prêteurs vraiment diligents ne se contentaient point de réunir des témoins. Ils prenaient soin, en leur présence, de rédiger un écrit [2] qu'ils leur faisaient signer [3]. Cet écrit portait le nom de συγγραφή [4], et pouvait être également désigné par l'expression plus générale συμβόλαιον [5]. Enfin, pour soustraire le titre aux dangers de destruction ou d'altération, on le déposait chez un tiers, ordinairement chez un trapézite, et des témoins étaient encore appelés à assister à ce dépôt [6]. Lorsque le prêt était consenti par un trapézite, on suivait les formes spéciales aux opérations faites par les banquiers et que nous avons précédemment indiquées [7].

Le prêteur pouvait se fier à la parole de l'emprunteur et ne lui réclamer aucune garantie, mais c'était là l'exception. Ordinairement le débiteur fournissait à son créancier des sûretés soit personnelles, c'est-à-dire des cautions, soit réelles, c'est-à-dire des gages ou des hypothèques. Ainsi il est question dans un plaidoyer de Lysias [8] d'emprunts contractés sur cautions [8]. Le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios et le discours d'Isocrate intitulé *Trapeziticus* fournissent également des exemples de prêts garantis par des cautions [9]. Dans un autre discours de Démosthène,

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 30.

(2) Zénobius, *Proverb.*, V, 4, mentionne une loi de Zaleucus disposant συγγραφὴν ἐπὶ τῶν δανεισμάτων μὴ γίγνεσθαι.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13. C'est de cet écrit que Démosthène parle lorsqu'il dit ironiquement que, tandis que l'emprunteur reçoit de bel et bon argent, le prêteur n'obtient en échange qu'une petite tablette de cuivre de deux chalques ou un petit morceau de papier : *C. Dionysod.*, § 1.

(4) Cet acte se nomme aussi, à une époque ultérieure, χειρόγραφον. V. sur le χειρόγραφον, *supra*, p. 55.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 684.

(6) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 14 ; *C. Phorm.*, § 6. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 122 ; p. 286, l. 169 ; p. 304, l. 17 ; p. 305, l. 7 ; p. 306, l. 9.

(7) V. *supra*, p. 48.

(8) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 22.

(9) Démosthène, *C. Apatur.*, § 7 ; Isocrate, *Trapez.*, § 37. On voit aussi dans

l'orateur soutient qu'un prêt maritime a été garanti par une caution et, à supposer que son allégation soit fausse, elle prouve tout au moins qu'il pouvait y avoir des cautions pour des prêts de ce genre [1]. En dehors d'Athènes, une inscription de Gythion [2] parle de cautions en terres, ἐγγύας ἐνγαίους, exigées de ceux qui reçoivent un prêt de sommes léguées aux villes et dont l'intérêt doit servir à des distributions annuelles. Mais ici on ne peut savoir s'il s'agit d'une hypothèque, improprement appelée ἐγγύη, que le débiteur aurait fournie sur ses terres, ou bien d'une caution constituant elle-même une hypothèque sur ses biens, c'est-à-dire d'une caution réelle [3]. Nous exposerons ultérieurement quels sont, en pareil cas, les droits du créancier vis-à-vis des cautions [4]. Nous avons vu, d'ailleurs, que les obligations de l'emprunteur sont fréquemment garanties par des constitutions d'hypothèques [5], et nous avons indiqué les droits du créancier hypothécaire sur les biens qui lui sont affectés.

Le prêteur pouvait aussi faire insérer dans l'acte une clause qui lui permettait, s'il n'était pas payé à l'échéance, de saisir directement les biens de l'emprunteur sans avoir à recourir à la justice et comme s'il avait obtenu un jugement contre lui, καθάπερ ἐκ δίκης. Nous verrons que, dans le dernier état du droit grec, l'emploi de cette formule exécutoire est si fréquent qu'elle était certainement devenue de style dans les actes de prêt [6].

Le contrat de prêt est, en ce qui concerne la capacité des

une inscription attique que, pour un prêt de trières fait par Athènes à la ville de Chalcis, des Athéniens intervinrent comme cautions et durent s'acquitter envers leur ville. *Corp. inscr. att.*, II, 804, 809.

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, §§ 8, 15.

(2) Le Bas-Waddington, *Voy. arch.*, 243 a, l. 13.

(3) Cf. Lécrivain, *Cautionnement*, p. 209.

(4) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. III, § 1, Du cautionnement.

(5) V. *supra*, t. III, p. 197.

(6) V. *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § III, De la clause exécutoire.

parties, soumis aux principes généraux. Ainsi, comme nous l'avons précédemment établi, une femme ne peut y figurer valablement, soit comme prêteuse, soit comme emprunteuse, si elle n'est pas autorisée de son kyrios [1].

Le prêt est permis, en principe, pour une opération quelconque. Par exception il est interdit, sous peine de confiscation de la créance, de prêter de l'argent sur un navire ou sur une cargaison, lorsque l'armateur ne s'engage pas à rapporter à Athènes des céréales ou d'autres marchandises. Nous avons indiqué la raison de cette prohibition [2].

La somme prêtée doit être remboursée à l'époque fixée par la convention [3]. Si le débiteur néglige de remplir son engagement, il devient ὑπερήμερος et il est exposé à toutes les conséquences qu'entraîne, en général, l'exécution des obligations. Il encourt notamment la clause pénale qui a pu être stipulée pour ce cas. Ainsi un discours de Démosthène nous montre un contrat de prêt par lequel le débiteur s'oblige à restituer la somme prêtée dans le délai de trente jours, sinon à se trouver *ipso jure* débiteur du double [4]. On rencontre une clause semblable dans un contrat gréco-égyptien qui est probablement de l'an 166 avant J.-C. Il y est dit que si l'emprunteur ne se libère pas envers son créancier dans le délai fixé, la dette (dette de blé) s'augmentera immédiatement d'une somme égale à la moitié de la valeur de chaque mesure, calculée d'après le cours de la place au jour où la clause pénale sera encourue [5]. Un autre acte, de

(1) *Supra*, t. II, p. 362.

(2) V. *supra*, t. III, p. 152.

(3) Une inscription de Lébadée (*Corp. inscr. Græc. sept.*, 3054) mentionne un prêt dont le remboursement doit s'effectuer par annuités comprenant en même temps le capital et les intérêts, annuités payables tant que vivra le prêteur. Il y a là une aliénation d'un capital moyennant une rente viagère.

(4) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 10 : ἐν ταῖς συγγραφαῖς εἴη τριάκονθ' ἡμερῶν αὐτὸν ἀποδοῦναι ἢ διπλάσιον ὀφείλειν.

(5) V. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11-12. Cf. au surplus, *infra*, tit. II, chap. II, sect. II, § 2, Clause pénale.

même origine, de l'an 129 avant notre ère, mentionne également un prêt fait sous la condition que si le remboursement n'a pas lieu à l'échéance, l'emprunteur devra payer le capital et moitié en sus : ταυτά τε καὶ τὸ ἡμιόλιον [1]. A la différence de ce qui avait lieu à Rome, où l'on interdisait toute stipulation d'une clause pénale susceptible de dissimuler une élévation du taux d'intérêt fixé par la loi [2], de pareilles conventions, quelle que soit leur rigueur, sont parfaitement valables à Athènes, où, comme nous le verrons, la loi proclame la liberté illimitée de l'intérêt [3].

Pour obtenir le remboursement de la somme prêtée, le prêteur a, outre les actions réelles qui peuvent résulter à son profit de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque, plusieurs actions personnelles à sa disposition. Il peut d'abord recourir à l'action générale, commune à tous les contrats, et recevable dans le cas où ils n'étaient pas exécutés, à savoir la δίκη συμβολαίων ou συνθηκῶν παραβάσεως, [4], qui ne présente ici aucun caractère particulier [5].

La seconde action ouverte au prêteur et qui alors, comme l'indique son nom, était naturellement indiquée en cas de prêt, c'est la δίκη χρέως ou χρέους, mais sur laquelle nous ne possédons aucun renseignement [6]. C'était à propos d'une δίκη χρέως que Lysias avait composé son plaidoyer contre Eschine le Socratique dont il ne nous reste que des fragments [7].

(1) *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, t. XVIII, p. 175. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 25-26.

(2) Ainsi la loi 9, pr. D. *De usuris*, XXII, 1, prévoyant la même hypothèse que le plaidoyer précité de Démosthène porte : « Pecuniæ fœnebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum, in altero tanto supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere. » Cf. l. 44, D. *ibid.* ; l. 15, C. *De usuris*, IV, 32.

(3) V. *infra*, p. 247.

(4) Pollux, VI, 153 ; VIII, 131.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 697.

(6) Platner, *Process*, t. II, p. 361 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 697 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 31.

(7) V. Didot, *Orat. att.*, t. II, p. 251.

Le prêteur peut, en troisième lieu, exercer la δίκη ἀφορμῆς, qui n'est point une action générale en matière de prêt, mais qui s'applique à une hypothèse spéciale. L'ἀφορμή est, en effet, la somme déposée par un particulier chez un trapézite pour être comprise dans le fonds de roulement de la banque [1]. D'une manière plus générale, et d'après les définitions des lexicographes, l'ἀφορμή est la somme d'argent fournie par un commanditaire à un négociant pour que celui-ci l'emploie à son commerce [2]. La δίκη ἀφορμῆς peut donc être définie l'action intentée par un commanditaire contre le gérant d'une entreprise commerciale afin d'obtenir la restitution de la mise qu'il a versée dans le fonds social [3]. C'est, en conséquence, une δίκη ἀφορμῆς qu'Apollodore intente contre Phormion, lorsqu'il lui réclame la somme de vingt talents que son père Pasion avait confiée à Phormion pour que celui-ci l'employât à ses opérations de banque, et le plaidoyer de Démosthène *Pro Phormione* est la défense à cette action [1].

Une quatrième action ouverte au prêteur est la δίκη ἀργυρίου. C'est cette action que, dans le plaidoyer de Démosthène contre Olympiodore, l'orateur reproche à son adver-

(1) Pollux, III, 84; Démosthène, *Pro Phorm.*, § 11: καίτοι εἰ ἦν ἰδία τις ἀφορμὴ τούτῳ πρὸς τῇ τραπέζῃ. Lysias, *C. Esch. Socr.*, *in* Didot, *Orat. att.*, p. 252.

(2) Harpocration, v° ἀφορμή : ὅταν τις ἀργύριον δῷ ἐνθήκην, ἀφορμὴ καλεῖται ἰδίως παρὰ τοῖς Ἀττικοῖς. Lexic. Seguer., (Bekker) p. 472, 6: ἰδίως παρὰ Ἀττικοῖς ἡ πάροδος λέγεται, ἣν νῦν πολλοὶ πρόχρειαν καὶ ἐνθήκην λέγουσι. λέγεται δὲ καὶ ἡ αἰτία. ἢ ὅταν τις ἀργύριον δώσῃ ἐνθήκην ἀφορμὴ καλεῖται. Cf. Suidas et Hésychius, v° ἀφορμή ; Démosthène, *Pro Phorm.*, arg.; Xénophon, *Memor.*, II, 7, 11, εἰς ἔργων ἀφορμήν (δανείσασθαι); Aristote, *Constit. des Athéniens*, c. 52, *infra*, p. 243, note 4). Saumaise (*loc. cit.*, p. 24) définit ainsi l'ἀφορμή : « Certa pecuniæ summa, quam destinant mercatores ad merces emendas, aut quam trapezita in mensa sua constituit ad fœnus exercendum, quæcumque denique pecunia reponitur ac paratur ad aliquid comparandum, aut ad impendendum ad sumptus quotidianos ».

(3) Caillemer, *loc. cit.*, p. 29. Cf. Platner, *Process*, II, p. 361; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 697.

(4) Démosthène, *Pro Phorm.*, arg.

saire de ne pas avoir intentée à raison du prétendu prêt dont ce dernier a parlé devant les juges [1]. La δίκη ἀργυρίου ne paraît point toutefois avoir été spéciale au recouvrement d'une somme due en vertu d'un prêt. Les définitions qu'en donnent les grammairiens lui attribuent, en effet, un caractère de généralité telle qu'elle a pu servir à réclamer en toute hypothèse une somme d'argent, même en vertu d'un autre contrat que le *mutuum* [2]. On voit, en conséquence, Callipe intenter contre Apollodore une δίκη ἀργυρίου par ce motif que Pasion, père du défendeur, au lieu de verser à Callipe une certaine somme qu'un nommé Lycon d'Héraclée avait déposée à sa banque, l'avait, après la mort de ce dernier, restituée à Céphisiade [3]. Il ne s'agit donc point ici d'un prêt mais d'un dépôt. De même, dans le premier plaidoyer de Démosthène contre Bœotos, Mantithée parle de deux ou trois actions ἀργυρίου que Bœotos lui a intentées, et l'on ne voit pas qu'il s'agisse nécessairement d'actions tendant au remboursement de sommes prêtées. On doit donc conclure que la δίκη ἀργυρίου se donne, d'une manière générale, pour toute dette d'argent, quelle que soit la cause de la dette [4].

Le prêteur n'a-t-il point enfin à sa disposition une cinquième action, la δίκη βλάβης? La question est controversée. Dans une opinion, on dit que ce serait donner à l'action

(1) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 45 : οὐδὲ (μοι ἔλαχες δίκην) τοῦ ἀργυρίου οὔ ἔλεγες πρὸς τοὺς δικαστὰς ὅτι ἐδάνεισάς μοι. V. *supra*, t. III, p. 368 et 371.

(2) Lexic. Seg. (Bekker), 201, 32 : ἀργυρίου δίκη : ὄνομα δίκης, ὁπότε τις ἀπαιτοίη ἀργύριον ὡς προσῆκον αὐτῷ, καὶ μὴ λαμβάνων δίκην λαγχάνει ἀργυρίου τῷ ἔχοντι. *Ibid.*, 443, 15 : ἀργυρίου δίκη : ὅταν τις προσήκειν αὐτῷ παρά τινος ἀργύριον ᾤετο, δίκην αὐτῷ ἐλάγχανε, καὶ ἐκαλεῖτο ἀργυρίου δίκη.

(3) Démosthène, *C. Callip.*, §§ 14 et 16.

(4) Platner, *Process*, t. II, p. 362 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 697 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 184, note 8 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 31. La δίκη ἀργυρίου constitue un ἀγὼν ἀτίμητος, car le montant de la réclamation est déterminé d'avance et, par suite, la condamnation ne comporte aucune évaluation. Dareste, *loc. cit.*

βλάβης une trop grande extension, et l'on décide qu'en l'absence de circonstances spéciales donnant naissance à une βλάβη proprement dite, cette action reste étrangère aux relations naissant du contrat de prêt. Dans une autre opinion, l'action βλάβης peut servir, au contraire, à poursuivre l'exécution des engagements naissant d'un contrat et à réprimer leur violation. Nous verrons ultérieurement que cette seconde opinion paraît la mieux fondée [1].

Les auteurs ne sont pas non plus d'accord sur le point de savoir si les différentes actions qui compètent au prêteur contre l'emprunteur sont de la compétence des thesmothètes [2] ou de celle des Quarante [3]. Dans tous les cas, nous savons, par le traité d'Aristote nouvellement découvert, que les εἰσαγωγεῖς avaient pour mission d'introduire devant les tribunaux, avec d'autres affaires présentant un même caractère d'urgence, les actions en restitution d'un petit capital (ἀφορμή) emprunté pour faire des affaires sur le marché [4].

2° Du prêt à intérêt.

Le prêt à intérêt peut être fait, d'une part, par de simples particuliers ou par des trapézites. D'autre part, les personnes morales, comme les dèmes, les phratries ou les temples, peuvent également employer en prêts fructueux leurs capitaux disponibles. Un décret du dème de Plothéia en Attique décide, par exemple, que « pour l'argent qui est prêté dans l'année, les magistrats doivent s'entendre avec ceux

(1) V. *infra*, p. 393 et s. Nous rappelons qu'en cas de confiscation des biens de son débiteur, le créancier prêteur, δανειστής, peut faire valoir ses droits au moyen de la procédure spéciale de l'ἐνεπίσκημμα. V. *supra*, t. III, p. 715.

(2) V. en ce sens : Platner, *Process*, t. II, p. 362 ; Meier et Schœmann, 1re éd., p. 68.

(3) V. en ce sens Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 81 et 697.

(4) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 52 : εἰσάγουσι δίκας... κἄν τις ἐν ἀγορᾷ βουλόμενος ἐργάζεσθαι δανείσηται παρά τινος ἀφορμήν.

qui leur offrent le taux le plus élevé et qui, en même temps, leur inspirent confiance par l'offre d'un gage ou d'une caution [1]. » Les prêts consentis par ces personnes morales l'étaient, en effet, ordinairement dans des conditions assez dures pour l'emprunteur, du moins au point du vue des garanties qu'il devait fournir. Ainsi lorsque les Delphiens placèrent l'argent qui leur provenait de la générosité du roi de Pergame, ils exigèrent que les terres hypothéquées par l'emprunteur eussent une valeur double du montant du prêt [2].

Le prêt à intérêt est une opération qui est pratiquée non seulement à Athènes, mais dans tout le reste de la Grèce. Nous venons de parler du prêt consenti par les Delphiens. Une inscription d'Orchomène, en Béotie, renferme des dispositions très détaillées et fort intéressantes relativement à un emprunt fait par cette ville à une femme de Thespies, nommée Nikaréta [3]. Plusieurs inscriptions d'Amorgos mentionnent également des emprunts contractés par diverses cités de cette île moyennant un intérêt payé au prêteur [4]. La célèbre loi d'Ephèse portant abolition des dettes signale l'existence de nombreux prêts à intérêts [5]. On pourrait croire que le prêt à intérêt n'était pas pratiqué à Sparte, car, d'après certains historiens, les Spartiates n'auraient pas possédé de monnaies d'or et d'argent, et le commerce de l'argent aurait été interdit dans la République [6]. Mais un autre historien, cité par Athénée, nous dit que, pour éluder la prohibition légale, les Spartiates plaçaient leur argent chez leurs voisins d'Arcadie, ou peut-être prenaient-ils pour prête-noms des hommes de ce pays [7]. Nous

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 570. Cf. Haussoulier, *Vie municipale*, p. 75.
(2) Dittenberger, *Syll.*, 233, l. 20.
(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 276 et s.
(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 313 et s.
(5) *Ibid*, p. 24, l. 39-40. Cf. p. 32, l. 32 et s.
(6) Cf. Pausanias, III, 12; Plutarque, *Lycurg.*, 9; *Agis*, 13; *Lysand.*, 17.
(7) Athénée, VI, 24.

voyons, d'autre part, qu'au temps de Lycurgue, la question des dettes était déjà assez grave pour troubler l'État [2]. Sous Agis, on procéda même à une véritable χρεῶν ἀποκοπή, et l'on alluma un feu de joie pour détruire les κλάρια ou registres sur lesquels les prêteurs inscrivaient les sommes par eux prêtées [1]. Nous voyons enfin que chacun des cinq éphores était occupé chaque jour à juger les procès relatifs aux obligations, περὶ τῶν συμβολαίων [3]. Or ces différents faits, ainsi que l'amour bien connu des Spartiates pour l'argent (φιλαργυρία) [4], se concilieraient mal avec la gratuité des prêts [5]. Dioscoride nous rapporte d'ailleurs le procédé que l'on suivait à Sparte pour constater les prêts. On prenait deux morceaux de bois absolument pareils (σκυτάλη) ; sur chacun d'eux on copiait le contrat, on en remettait un à l'un des deux témoins appelés et le prêteur conservait l'autre [6]. Chez les Cnossiens, dans l'île de Crète, Plutarque nous signale un usage singulier en matière de prêt; l'emprunteur devait enlever avec violence (ἁρπάζειν) l'argent dont il avait besoin. Mais c'était là évidemment une violence fictive, concertée entre les parties, et elle n'avait pour but, comme nous l'indique ce même historien, que de fournir au prêteur au moyen plus énergique pour recouvrer sa créance. Si, en effet, le débiteur ne remboursait pas à l'échéance, le créancier se trouvait autorisé à recourir contre lui non pas seulement à l'action ordinaire, la χρέους δίκη, mais à l'action organisée pour la répression du vol avec violence, action qui pouvait entraîner l'application de pei-

(1) Plutarque, *Lycurg.*, 9-11.
(2) Plutarque, *Agis*, 13.
(3) Aristote, *Polit.*, III, 1, 7. Plutarque, *Apoph. lacon.*, p. 221 b.
(4) Isocrate, *De Pace*, 96.
(5) Cf. en ce sens : Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1219. V. les différents textes cités par Fustel de Coulanges, *in Nouvelles Recherches*, p. 90-92.
(6) Dioscoride, fr. 4, *in Fragm. hist. græc.*, (Didot) t. II, p. 193.

nes très rigoureuses, dont la perspective amenait l'emprunteur à payer sa dette au jour fixé [1].

On distingue, dans le droit attique, deux sortes de prêt à intérêt, le prêt ordinaire et le prêt à la grosse aventure : le premier est nommé ἔγγυον ou ἔγγειον δάνειον, le second ναυτικὸν δάνειον. Ce qui les distingue, d'une manière générale, c'est que, comme l'indiquent les expressions dont on se sert pour le désigner, le prêt ordinaire est beaucoup plus solide et expose le prêteur à beaucoup moins de risques que le prêt à la grosse [2]. Dans le prêt ordinaire, en effet, le prêteur est simplement exposé au danger provenant de l'insolvabilité du débiteur ou de l'insuffisance des garanties fournies par ce dernier. Mais sa créance n'est régulièrement éteinte que par le payement ou par une *datio in solutum* équivalente. On peut dire en conséquence qu'ici les risques sont pour l'emprunteur. Dans le prêt à la grosse, au contraire, les risques sont à la charge du prêteur, en ce sens que la créance de celui-ci se trouve éteinte s'il arrive malheur au navire qui a été affecté à l'emprunt [3]. Comme corollaire de la distinction que nous venons d'indiquer, on divisait les intérêts en intérêts terrestres (ἔγγειοι τόκοι) et en intérêts maritimes (ναυτικοὶ τόκοι), et l'élévation relative du taux de ces derniers était, pour le prêteur, une compensation aux risques plus grands qu'il courait. On distinguait aussi le contrat même en συγγραφὴ ἔγγειος et ναυτική, suivant qu'il avait pour objet un prêt ordinaire ou un prêt à la grosse [4]. Nous n'insiste-

(1) Plutarque, *Quæst. græc.*, 53, p. 303 b : ὅπως ἀποστεροῦντες ἔνοχοι τοῖς βιαίοις ὦσι καὶ μᾶλλον κολάζωνται. Nous citerons encore le cas des habitants de Clazomènes qui ont emprunté de l'argent à un taux assez élevé (τόκος ἐπίπεμπτος) pour payer la solde de leurs soldats. Aristote, *Æconom.*, II, 2, 16. D'après Démosthène (*C. Phorm.*, § 23), Phormion avait emprunté, au Bosphore, au denier six.

(2) On a pu dire en ce sens que, dans le prêt ordinaire, la somme prêtée est à l'abri de tout danger, ἀκίνδυνον παντὸς κινδύνου. Cf. *Bulletin*, VIII, p. 23.

(3) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1215.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 27 ; *C. Apatur.*, § 3.

rons point ici sur la distinction entre les deux espèces de prêt, car nous aurons occasion d'y revenir en exposant les règles du prêt à la grosse dans la section spéciale que nous lui consacrerons.

Quelle que soit l'espèce de prêt [1], le principe admis à Athènes, comme dans toute la Grèce, est celui de la liberté de l'intérêt. Ce principe fut proclamé par une loi de Solon que Lysias nous a conservée et qui était conçue dans les termes suivants : τὸ ἀργύριον στάσιμον εἶναι ἐφ' ὁπόσῳ ἂν βούληται ὁ δανείζων [2]. L'orateur, se croyant obligé de commenter cette loi, nous dit un peu plus loin que, quand la loi emploie l'expression στάσιμον [3], cela ne veut point dire qu'on placera l'argent dans une balance, mais que la loi permet au prêteur d'exiger l'intérêt qui lui convient [4]. La liberté ainsi proclamée par Solon peut paraître contradictoire avec ce que rapporte Androtion concernant la célèbre σεισαχθεία qui aurait consisté, d'après lui, en une réduction du taux de l'intérêt (τόκων μετριότης) pour les dettes contractées antérieurement à l'archontat du réformateur [5]. On ne comprendrait guère, en effet, comment Solon, pour éviter le retour des anciens abus, n'aurait point en même temps fixé pour l'avenir un taux maximum à l'intérêt. Mais cette interprétation d'Androtion est généralement tenue pour erronée et, comme nous l'avons établi, la seisachthie a consisté dans une abolition des dettes jointe à l'abolition du servage [6].

La liberté illimitée de l'intérêt, admise par Solon, a-t-elle

(1) On dit des capitaux placés à intérêt qu'il sont actifs, ἐνεργά, par opposition aux capitaux qui demeurent improductifs, oisifs, ἀργά. Cf. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 5 ; *C. Dionysod.*, § 29 ; *C. Aphob.*, I, § 7. — V. *supra*, t. III, p. 22.

(2) Lysias, *C. Theomn.*, I, § 15.

(3) Στῆσαι était originairement synonyme de δανεῖσαι, parce que l'on pesait les monnaies lors du prêt.

(4) Lysias, *ibid.*, § 18 : τὸ στάσιμον, τοῦτό ἐστιν οὐ ζυγῷ ἱστάναι, ἀλλὰ τόκον πράττεσθαι ὁπόσον ἂν βούληται.

(5) Plutarque, *Solon*, 15.

(6) V. *supra*, t. II, p. 529 et s.

subsisté dans le droit attique ? On a enseigné [1], sur la foi du scholiaste de Démosthène, qu'elle avait été restreinte postérieurement à l'époque du grand orateur. La scholie que l'on invoque porte : εἰσι γὰρ καὶ ἰδιωτικοὶ νόμοι, ὅσον μὴ λαμβάνειν πολλοὺς τόκους [2]. Mais ce document nous semble insuffisant pour fonder une dérogation à la loi de Solon. Tout ce que l'on peut admettre, si l'on doit accorder une autorité quelconque au scholiaste de Démosthène, c'est que les mœurs, l'usage, s'opposaient à la perception d'un intérêt élevé ; mais il n'y a jamais eu de limitation légale au taux de l'intérêt, du moins avant que la loi romaine sur l'usure eût fait sentir son influence sur le droit grec. Ce sont même peut-être les dispositions prohibitives de cette dernière loi que le scholiaste avait en vue en annotant le texte de Démosthène [3].

Aucune loi ne fixant à Athènes le taux de l'intérêt, les chances seules de l'entreprise le déterminaient. On pourrait, il est vrai, citer un cas d'intérêt légal, en matière de restitution de dot. Nous avons vu, en effet, que le mari, s'il ne restituait pas la dot conformément aux prescriptions de la loi, devait en payer les intérêts sur le pied de neuf oboles par mois, ou 18 pour cent par an [4]. Mais nous observerons, d'une part, qu'ici il ne s'agit point d'un prêt et, d'autre part, que si le législateur à fixé ce taux pour le cas en question, c'est qu'il était peut-être le plus habituel pour l'intérêt conventionnel [5].

(1) Petit, *Leg. att.*, p. 501 ; Telfy, *Corp. jur. att.*, p. 631 et *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1869, t. VII, p. 181.

(2) Schol. Démosth., *in Timocr.*, 766, 3.

(3) V. en ce sens : Saumaise, *De modo usur.*, p. 132, 138 ; Schelling, p. 136 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 21 et *Revue critique*, *loc. cit.*, p. 181 ; Hermann-Blümner, p. 458, note. Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 450 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 688 ; Büchsenschütz, p. 496 ; Clerc, p. 407 ; Guiraud, p. 279.

(4) V. *supra*, t. I, p. 325.

(5) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 350 ; Bœckh, t. I, p. 163.

L'intérêt consiste, en principe, dans une certaine somme d'argent que l'emprunteur doit remettre au prêteur à des échéances périodiques et déterminées. Toutefois rien ne s'oppose à ce que l'intérêt soit stipulé en nature, soit sous la forme de certaines prestations, soit moyennant la concession d'un autre avantage quelconque. On a voulut voir un cas d'intérêt stipulé en nature dans une inscription d'Orchomène où cette ville concède à Eubolos, à qui elle a emprunté de l'argent, un droit de pâturage sur les biens communaux pour 220 bœufs ou chevaux et pour 1000 moutons ou chèvres [1]. Mais cette interprétation ne nous paraît pas exacte, car il est dit dans l'acte que la ville ne devait plus plus rien à Eubolos et, si elle fait cette concession à son ancien créancier, c'est que celui-ci l'avait sans doute ménagée [2]. Au surplus, la stipulation d'un intérêt en nature devait être tout à fait exceptionnelle.

Les parties, pour fixer le taux de l'intérêt, pouvaient user de l'un ou de l'autre des deux procédés suivants. Ou bien elles indiquaient la somme que le prêteur recevrait chaque mois pour l'intérêt d'une mine, en disant, par exemple, ἐπὶ δραχμῇ, ἐπ' ἐννέα ὀβολοῖς, ἐπὶ δυσὶ δραχμαῖς, une mine rapportant alors par mois une drachme, ou neuf oboles, ou deux drachmes, ce qui faisait 12, 18 ou 24 pour cent par an. Ou bien les parties stipulaient que, pour une certaine période de temps, l'emprunteur verserait à titre d'intérêt une fraction déterminée du capital, en employant, par exemple, les termes suivants : τόκοι ἔφεκτοι, intérêts du sixième, τόκοι ἐπίπεμπτοι, intérêts du cinquième, comme on dirait aujourd'hui le denier six ou le denier cinq. Le premier mode de computation était employé de préférence pour les prêts ordinaires, le second dans les prêts maritimes. Ce dernier mode pouvait cependant se rencontrer dans les prêts ordinaires, et alors il est

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 306 c. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1217, note 4.

(2) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 309.

probable que la fraction indiquée représentait l'intérêt d'une année entière [1].

Le taux de l'intérêt conventionnel était, en général, beaucoup plus élevé à Athènes que de nos jours et que même à Rome, à l'époque de Cicéron. La raison en est que les capitaux étaient assez rares relativement [2], que la demande était, par conséquent, supérieure à l'offre, et peut-être aussi que les bailleurs de fonds couraient d'assez grands risques. Il était donc juste que leur rémunération fût plus forte [3].

Abstraction faite d'un cas assez douteux dont il est question dans un plaidoyer de Lycurgue [4], on ne rencontre pas à Athènes d'exemple d'un taux inférieur à 10 pour 100 par an [5]. Mais ce taux paraît avoir été assez fréquemment stipulé, soit sous la formule τόκοι ἐπιδέκατοι [6], soit sous celle ἐπὶ

(1) Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 13, et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1214 ; Büchsenschütz, p. 499-500.

(2) Ce qui y contribuait, c'était l'absence de monnaie fiduciaire. Büchsenschütz, p. 496.

(3) Cf. Büchsenschütz, p. 496 ; Bœckh, t. I, p. 158 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 11-12. Cf. sur le taux de l'intérêt en Grèce : Ostertag, *Ueber die Berechnung der Zinsen bei Griechen und Rœmern*. Cf. Bœckh, t. I, p. 63 et s. et Caillemer, *loc. cit.*, p. 14 et s., à qui nous empruntons la plupart des renseignements qui suivent.

(4) Lycurgue, *C. Leocr.*, § 23. Pour un prix de vente de 35 mines, le débiteur doit payer μίαν μνᾶν τόκον, ce qui représente probablement l'intérêt annuel. Cf. Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 13, note 3.

(5) Bœckh (t. I, p. 156) signale toutefois, mais sans alléguer aucun texte à l'appui, le taux de 8 pour 100, τόκος τετρώβολος. Nous laissons de côté les prêts faits par les temples à la République et pour lesquels l'intérêt était extrêmement faible, d'environ 1 1/5 pour 100 par an. Cf. Rangabé, *Antiq. hell.*, t. I, p. 195 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 20. Cet abaissement s'explique par ce fait que les biens des temples étaient considérés en quelque sorte comme faisant partie du domaine public, de sorte qu'il ne pouvait intervenir un prêt ordinaire entre un temple et la cité. V. au surplus sur le taux de l'intérêt dans les emprunts contractés par les villes : Szanto, *Anleihen griechischer Staaten*, in *Wiener Studien*, VIII (1886), p. 32 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 329.

(6) Aristote, *Rhetor.*, III, 10, § 7.

πέντε ὀβολοῖς [1], c'est-à-dire à raison de cinq oboles par mine et par mois [2]. Ces deux formules ne sont point toutefois exactement synonymes, ainsi que l'observe Caillemer [3]. En effet, dans les années intercalaires, c'est-à-dire dans celles où l'on ajoutait un treizième mois, le créancier qui avait stipulé des τόκοι ἐπιδέκατοι ne recevait jamais pour toute l'année que la même somme d'intérêts, égale au dixième du capital. Si, au contraire, il s'était fait promettre les intérêts ἐπὶ πέντε ὀβολοῖς, il recevait treize fois cette somme de cinq oboles par mine. Un taux légèrement supérieur, et qui semble le plus usuel, est celui de 12 pour 100, ἐπὶ δραχμῇ [4], ou d'une drachme par mine et par mois, correspondant au denier huit un tiers. Au-dessus, l'on rencontre le taux de 12 1/2 pour 100, τόκοι ἐπόγδοοι, équivalant au denier huit. Le créancier recevait alors, comme l'observe Harpocration, trois oboles pour quatre drachmes [5]. C'est surtout dans les prêts maritimes que ce taux paraît avoir été en usage [6]. On rencontre encore à Athènes le taux de 16 pour 100, ἐπ' ὀκτὼ ὀβολοῖς, à raison de huit oboles par mine et par mois, ou correspondant au denier 6 1/4 [7]. Mais le taux de 16 2/3, τόκοι ἔφεκτοι [8], ou placement au denier six, qui était habituel-

(1) Démosthène, *C. Onetor.*, I, § 7. Cf. Aristote, *Æconom.*, II, c. 2, sect. 3, § 3; *Corp. inscr. græc.*, nº 3599, 13.

(2) Ce taux correspond au dernier dix.

(3) *Contrat de prêt*, p. 14.

(4) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 9, 23 et 35; II, § 13; Eschine, *C. Ctesiph.*, § 104; *Corp. inscr. att.*, II, 1055. Une inscription attique de l'époque impériale nomme ce taux ἑκατοστιαῖοι τόκοι, ce qui est la traduction des usuræ centesimæ des Romains. Cf. Bœckh, t. I, p. 164, note *b*; Caillemer, *loc. cit.*, p. 15.

(5) Harpocration, vº ἐπόγδοον : τὸ οὕτω δεδανεισμένον ὥστε τοῦ κεφαλαίου τὸ ὄγδοον μέρος δοθῆναι τῷ δανειστῇ, οἷον τριώβολον τοῦ τετραδράχμου.

(6) Lexic. Seg., (Bekker) p. 252, 19 : ἐπόγδοον ἦν δάνεισμα εἰς ἐμπορίαν φορτίων. Démosthène, *C. Polycl.*, § 17, le mentionne, en effet, à propos d'un prêt maritime.

(7) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 17.

(8) Harpocration, vº ἔφεκτος τόκος.

lement stipulé à Cysique [1], ne se rencontre dans aucun document relatif à l'Attique [2]. Un autre taux, très usuel à Athènes, et qui, comme nous l'avons vu, était même admis par le législateur pour certains intérêts moratoires, était celui de 18 pour 100, ἐπ' ἐννέα ὀβολοῖς, à raison de neuf oboles par mine et par mois, ou au denier cinq 5/9 [3]. Ce taux, qui peut déjà nous paraître excessif, était, au contraire, considéré à Athènes comme raisonnable, et Isée signale comme conclu dans des conditions normales un prêt à 18 pour 100 rapportant 720 drachmes d'intérêt annuel [4].

L'intérêt pouvait encore s'élever au-dessus des taux que nous venons de signaler sans être usuraire, surtout lorsqu'il s'agissait de prêts maritimes, en raison des risques plus considérables courus par le prêteur. On rencontre, comme nous le verrons en étudiant spécialement les prêts à la grosse aventure, des intérêts s'élevant jusqu'à 22 1/2 et même 30 pour 100 [5]. Le taux était même encore quelquefois supérieur. Ainsi, d'après Aristote [6], on pouvait être un homme honorable (ἐπιεικής) et prêter au taux de 33 1/3 pour 100 (τόκοι ἐπίτριτοι [7] ou au denier trois). Le taux de 36 pour 100 (ἐπὶ τρισὶ δραχμαῖς), qui était considéré comme excessif et comme exposant celui qui l'acceptait à une ruine presque certaine, était cependant exigé sans scrupule par certains banquiers [8]. A un taux supérieur, par

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 23.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 16 ; Bœckh, t. I, p. 164. *Contra*, Saumaise, *De modo usurarum*, p. 10.

(3) Isée, *De Hagn. her.*, § 42. Cf. Eschine, *C. Timarch.*, § 107.

(4) Xénophon avait proposé, pour augmenter les ressources financières d'Athènes, d'ouvrir un emprunt assurant aux prêteurs un intérêt annuel égal au cinquième du capital au moins, τόκοι ἐπιπέμπτοι : Xénophon, *De vectig.*, III, 9. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 17.

(5) V. *infra*, p. 292.

(6) Aristote, *Rhetor.*, III, 10, § 7.

(7) Harpocration, v° ἐπιτρίταις.

(8) Lysias, *C. Æschin. Socrat.*, *in* Athénée, XIII, p. 611 (Didot, fr. 1, p. 252) :

exemple à celui de 48 pour 100 (ἐπὶ τέτταρσι δραχμαῖς), il n'y avait plus seulement excès, mais infamie, et Lucien assimile l'usurier qui prête son argent dans de semblables conditions au misérable qui trafique de l'honneur de sa femme ou à celui qui viole les dépôts qu'on lui a confiés [1]. Cette réprobation n'empêchait point cependant les abus. On voyait des usuriers, autorisés par l'exemple du philosophe Ménippe [2], prêtant à la journée (ἡμεροδανεισταί) et allant jusqu'à exiger une obole et demie pour le prêt d'une drachme [3], ce qui faisait 25 pour 100 par jour ou 750 pour 100 par mois. Mais c'étaient là des faits évidemment exceptionnels [4].

Il est assez difficile, en présence de cette grande variété dans le taux de l'intérêt, de déterminer le taux habituellement pratiqué à Athènes. Il a dû naturellement varier suivant les époques, et, dans les temps de crises qui étaient si fréquentes, il pouvait facilement être doublé ou triplé. On peut observer seulement que le taux de 10 pour 100 était considéré, du moins à l'époque de Démosthène (364), comme un taux de faveur et comme une marque de bienveillance de la part du créancier [5]. En était-il de même du taux de 12 pour 100? On pourrait le croire d'après certains textes de Démosthène où l'orateur paraît ne compter à ses tuteurs l'intérêt à une drachme, ἐπὶ δραχμῇ, que par pure bienveillance [6]. Cependant, dans le même plaidoyer,

ὀφείλων ἀργύριον ἐπὶ τρισὶ δραχμαῖς Σωσινόμῳ τῷ τραπεζίτῃ..... διὰ τοὺς τόκους ἐκ τῶν ὄντων ἐκπεσόντα.

(1) Lucien, *Lapith.*, 32.

(2) Diogène Laërce, VI, § 99.

(3) Théophraste, *Charact.*, c. 6.

(4) Cf. Büchsenschütz, p. 497; Caillemer, *loc. cit.*, p. 12-13.

(4) Suivant Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 329, à l'époque des successeurs d'Alexandre, le taux ordinaire de l'intérêt aurait été de 10 pour 100.

(5) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 14.

(6) Démosthène, *C. Aphob.*, I, §§ 23, 35. Cf. Büchsenschütz, p. 498; Caillemer, *loc. cit.*, p. 15.

Démosthène mentionne un prêt d'un talent fait par son père également ἐπὶ δραχμῇ, sans dire qu'il avait été fait dans des conditions exceptionnellement favorables à l'emprunteur [1]. On admet généralement que le taux ordinaire était celui de 12 pour 100, et l'on invoque en ce sens la règle posée par le législateur pour les intérêts légaux [2]. Il est dit-on, tout naturel que l'intérêt légal soit aussi voisin que possible de l'intérêt conventionnel moyen [3]. Ce qui nous fait toutefois hésiter à adopter cette conclusion, c'est qu'il s'agit, dans le cas de restitution de la dot, d'intérêts moratoires, et que le législateur a très bien pu les fixer à un taux légèrement supérieur à celui de l'intérêt normal afin de forcer le débiteur de la dot à s'acquitter promptement de son obligation.

Au surplus, pour percevoir des intérêts supérieurs au taux stipulé en apparence, les prêteurs usaient souvent d'un procédé consistant, comme nous le disons aujourd'hui, à prendre l'intérêt en dedans, c'est-à-dire qu'au moment où ils remettaient la somme empruntée, ils en prélevaient une partie, se payant par avance de prétendus intérêts qui n'avaient pu encore courir puisque l'emprunteur n'avait pas eu la jouissance des deniers. Ce procédé, qui était usité au temps de Plutarque [4], devait l'être également à l'époque des orateurs athéniens [5]. Le moraliste le blâme vivement en disant qu'il est non seulement une honte, mais encore une fraude ; il n'avait cependant rien d'illégal ni, à plus forte raison, de délictueux dans une législation qui, comme celle

(1) Démosthène, *ibid.*, § 9. Aristote, (*Const. des Athén.*, c. 52) paraît également considérer ce taux comme usuel lorsqu'il attribue aux εἰσαγωγεῖς les actions en payement des intérêts d'un prêt, κἄν τις ἐπὶ δραχμῇ δανεισάμενος ἀποστερῇ. V. *infra*, p. 258, note 1.

(2) V. *supra*, p. 248.

(3) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1216 ; Büchsenschütz, p. 498. Cf. Schulthess, p. 153.

(4) Plutarque, *De vit. ære al.*, IV, § 4 : δανείζουσιν ὃ λαμβάνουσιν ὑπὲρ τοῦ δανεῖσαι... ἔστι τόκος πρὸ τόκοιο, τόκος γε μὲν ἔστι καὶ ἄλλος.

(5) Bœckh, t. I, p. 161.

d'Athènes, admettait la liberté illimitée de l'intérêt [1].

Les intérêts qui, comme nous l'avons vu, étaient ordinairement calculés par mois, se payaient aussi habituellement chaque mois, le dernier jour. Comme dans le calendrier athénien les mois étaient lunaires, le scholiaste d'Aristophane a pu poser cette règle : ἐδίδοντο ἐν τῷ τέλει τῆς σελήνης οἱ τόκοι [2]. Ce mode de payement permet de comprendre les plaisanteries d'Aristophane sur ces débiteurs qui se trouvaient malheureux dès le commencement de la troisième décade, comme le peu fortuné bonhomme Strepsiade, qui aurait voulu enfermer à jamais la lune dans un étui pour l'empêcher de reparaître et de ramener pour lui l'obligation de payer les intérêts de sa dette [3]. Si toutefois le payement mensuel des intérêts était la règle dans les prêts faits pour un temps assez court, il pouvait en être autrement pour les prêts à longue échéance ou pour ceux à l'égard desquels les parties avaient fixé les intérêts à une quote-part du capital. Les parties convenaient alors ordinairement ou bien que les intérêts ne seraient exigibles qu'avec le principal, ou bien qu'ils seraient payés seulement à la fin de chaque année, κατ' ἐνιαυτόν [4]. C'est ainsi que les sommes empruntées par Apollodore pour l'exercice de sa triérarchie produisaient des intérêts exigibles à la fin de l'année [5]. Au surplus, dans les prêts à la grosse, le remboursement des intérêts n'avait lieu qu'avec le remboursement du capital [6].

Le payement des intérêts, de même que celui du capital,

(1) Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 22-24.

(2) Schol. Aristoph., *Nubes*, v. 17.

(3) Aristophane, *Nub.*, v. 16 et s., 749 et s.

(4) *Corp. inscr. græc.*, n° 1569 *a*; *Bulletin*, VIII, p. 26 et s. Cf. Büchsenschütz, p. 500.

(5) Démosthène, *C. Polycl.*, § 61 : οἱ δεδανεικότες ἧκον ἐπὶ τοὺς τόκους ἐπειδὴ ὁ ἐνιαυτὸς ἐξῆλθεν. Dans les contrats de prêt d'Arkésiné, le payement des intérêts a lieu également chaque année, en une fois. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 332 et 339.

(6) V. *infra*, p. 304.

n'est libératoire que s'il est fait entre les mains d'une personne ayant qualité pour le recevoir et pour en donner quittance [1]. Il doit donc être fait soit entre les mains du créancier, soit entre celles de ses représentants ou mandataires. Nous rencontrons ici dans certains documents une clause dont nous indiquerons ultérieurement la portée [2].

Le défaut de payement des intérêts au terme fixé, outre les effets qui s'attachent d'une manière générale à l'inexécution des obligations, peut avoir pour conséquence l'anatocisme, c'est-à-dire la production d'intérêts distincts en raison des intérêts échus qui restent entre les mains du débiteur et y forment un nouveau capital. L'anatocisme était certainement connu des Athéniens. Aristophane y fait allusion dans une de ses comédies [3], et Théophraste signale comme un des traits caractéristiques de la μικρολογία de tirer intérêt de l'intérêt [4]. Mais l'anatocisme était-il la règle pour tout débiteur en retard de payer ses intérêts, ou bien, au contraire, fallait-il une convention spéciale entre les parties pour qu'il se produisît ? On a allégué en ce dernier sens le texte de Théophraste qu'on traduit ainsi : « Les avares sordides tirent intérêt de l'intérêt même, et ce n'est qu'à cette condition qu'ils accordent du temps à leurs débiteurs » [5]. Mais cette interprétation nous paraît forcée et Théophraste se borne à dire que les avares tirent intérêt de l'intérêt quand le débiteur est ὑπερήμερος. D'autres documents [6], qui parlent d'intérêts des intérêts, semblent plutôt

(1) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 1217.

(2) V. *infra*, t. III, chap. I et II.

(3) Aristophane, *Nub.* 1156 : κλάετ' ὀβολοστάται αὐτοί τε καὶ τἀρχαῖα καὶ τόκοι τόκων.

(4) Théophraste, *Charact.*, 10 : δεινὸς δὲ καὶ ὑπερημερίαν πρᾶξαι καὶ τόκον τόκου·

(5) Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 27.

(6) Rangabé, *Antiq. hell.*, II, p. 603 : τοῖς Χίοις λογισαμένοις τοῦ ἀρχαίου ὃ ἐδάνεισαν τῇ πόλει γίνεται τόκος καὶ ἀπὸ τόκου τόκος ἐς τὸν χρόνον ἐν ᾧ ἡ ὁμολογία ἐγένετο περὶ τῆς ἀποδόσεως τῶν χρημάτων ἐτῶν ἕνδεκα καὶ τριάκοντα ἡμερῶν κτλ. Cette inscription constate un prêt de deux talents trois mille cinq cent

indiquer qu'ils sont dus de plein droit, et l'un d'eux qualifie même εὐθυτοκία les nouveaux intérêts, montrant ainsi qu'ils sont produits directement par un capital [1]. On ne peut, du reste, faire que des conjectures relativement à la manière dont se calculait l'anatocisme et dont se faisait la capitalisation. Peut-être avait-elle lieu à la fin de chaque mois, lorsque les intérêts étaient payables à de courtes échéances, et à la fin de l'année seulement lorsque les intérêts ne se payaient qu'annuellement [2]. Dans le contrat de prêt entre Praxiclès et la ville d'Arkésiné, les intérêts payables à la fin de chaque année doivent se capitaliser au même taux que le principal à la fin de chaque année également [3] [4].

Le payement des intérêts est garanti, comme nous l'avons vu, par l'hypothèque stipulée pour le capital de la créance. Des clauses spéciales du contrat peuvent, du reste, assurer le payement régulier des intérêts [5].

L'action en payement des intérêts d'un prêt rentre dans la catégorie de celles que les magistrats nommés εἰσαγωγεῖς [6] introduisent devant les tribunaux et qui, requérant célérité, doivent être jugées dans l'espace d'un mois (ἔμμηνοι δίκαι).

trente drachmes fait par les habitants de Chios à ceux de Paros pendant onze ans et trente jours et ayant produit trente talents d'intérêts composés. *Corp. inscr. græc.*, II, nº 2335, l. 24 s. : τοῖς δὲ ἄλλοις δανείοις ἄνωθεν ἀπὸ τῶν συγγραφῶν δραχμαίου τόκον ἐξ εὐθυτοκίας ὥρισεν. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 16 : ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶι, ἔστω ὁ τόκος, ὃν ἂμ μὴ ἀποδῶσιν, ἐνεργὸς Πραξικλεῖ μετὰ τοῦ ἀρχαίου τοῦ ἴσου τόκου καθ' ἐνιαυτὸν ἕκαστον.

(1) Cf. en ce sens, Buchsenschütz, p. 492.

(2) Cf. Rangabé, *loc. cit.*, t. II, p. 603 et s. ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 27 et *in* Daremberg et Saglio, vº *Anatokismos*.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 16. V. *supra*, p. 256, note 6, *in fine*.

(4) Diodore de Sicile, I, c. 79, signale une loi égyptienne qui aurait apporté une limite à la capitalisation des intérêts : τοὺς δὲ μετὰ συγγραφῆς δανείσαντας ἐκώλυσε διὰ τοῦ τόκου τὸ κεφάλαιον πλεῖον ποιεῖν ἢ διπλάσιον.

(5) V. *supra*, t. III, p. 261.

(6) Cf. sur ces magistrats, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Eisagogeis* et *supra*, p. 98.

C'est ce que nous dit Aristote [1], complétant ainsi les indications que nous avait fournies Pollux relativement à cette procédure spéciale. On comprend d'ailleurs très bien que l'on ait considéré comme urgentes de telles affaires, car les intérêts sont souvent nécessaires au créancier pour subvenir à ses besoins journaliers. Il semble cependant que l'opinion publique ait fait une différence entre les poursuites relatives aux intérêts seulement et celles qui avaient en vue le capital. Si l'on en croit Démosthène, c'était agir en usurier odieux que de se montrer rigoureux et impitoyable dans une simple demande d'intérêts [3].

3° *De l'érane.*

Le mot ἔρανος a, dans la littérature grecque, plusieurs sens différents. Dans Homère, il désigne l'écot payé par les convives pour célébrer un banquet amical à frais communs et aussi le festin lui-même [3]. De ce sens primitif sont dérivées deux autres significations offrant un grand intérêt au point de vue juridique. L'ἔρανος désigne, en effet, et c'est là son sens le plus usuel, une association fondée sur l'amitié et permanente de personnes qui se réunissent à des intervalles périodiques pour célébrer un repas commun. Le but de cette association, qui peut n'être que le plaisir, est le plus souvent un but religieux. Le mot ἔρανος signifie enfin un prêt d'argent, ordinairement gratuit, et fait par plusieurs personnes qui se cotisent en faveur d'un ami commun se trouvant dans le besoin. Ainsi qu'on l'a observé très exactement, « des trois éléments de l'ἔρανος primitif —

(1) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 52 : εἰσαγωγέας ε' ἄνδρας. οἳ τὰς ἐμμήνους εἰσάγουσι δίκας.. . κἄν τις ἐπὶ δραχμῇ δανεισάμενος ἀποστερῇ. V. *supra*, p. 99-100.

(2) Démosthène, *C. Steph.*, I, § 70.

(3) *Odys.*, I, 227 ; XI, 414. Cf. Schol., *Odys.*, I, 227 ; Athénée, VIII, 24 ; Etymol. mag., v° ἔρανος ; Hésiode, *Op. et dies*, 722. V. Reinach, *in* Daremberg, et Saglio, v° *Eranos*.

cotisation, amitié, repas commun — il ne subsiste ici que les deux premiers ; aussi cette forme de l'ἔρανος paraît-elle la plus récente de toutes ; elle est probablement dérivée de la seconde, car il y a une sorte d'association plus ou moins étroite entre des coprêteurs. C'est ce qui explique qu'on rencontre en matière d'éranos-prêt plusieurs expressions techniques empruntées à l'éranos-société et détournées de leur signification étymologique. Chez les anciens, la confusion n'était que dans le langage ; chez les commentateurs modernes, elle a trop souvent envahi les idées » [1]. Nous verrons, en effet, que certains auteurs ont confondu deux institutions bien distinctes, le prêt nommé ἔρανος et l'association portant le même nom, enseignant que le prêt n'était accessible qu'aux membres de l'association considérée comme société de secours mutuels. Mais avant de combattre cette erreur, nous devons analyser les caractères du prêt nommé ἔρανος.

Les personnes qui figurent dans ce contrat sont, d'une part, l'emprunteur, ὁ ἐρανιζόμενος [2] et, d'autre part, les prêteurs, οἱ ἐρανίζοντες [3]. Ce qui caractérise, en effet, l'ἔρανος, sans que cependant ce soit là une règle essentielle, c'est la pluralité des prêteurs ; il y a, de leur part, une sorte de cotisation qui facilite, du reste, la conclusion du prêt en diminuant pour ceux qui le consentent les chances de perte résultant de l'insolvabilité de l'emprunteur. Il pouvait, sans doute, y avoir prêt gratuit consenti par une seule personne comme dans le cas précité d'Apollodore [4]. Mais, en ce cas, les textes de l'époque classique ne se servent pas du mot

(1) Reinach, *loc. cit.*

(2) Nous faisons abstraction des cautions qui peuvent intervenir au contrat. V. *infra*, p. 263.

(3) Ceux-ci sont quelquefois désignés par une expression empruntée à l'érane-société, celle de πληρωταί. Démosthène, *In Midiam*, § 101 ; Hypéride, *C. Athenogen.*, fr. 109 (Didot).

(4) V. *supra*, p. 235.

ἔρανος [1]. Les cotisations (εἰσφοραί) fournies par les ἐρανίζοντες peuvent alors ou bien être égales, comme c'est le cas dans l'ἔρανος πεντακοσιόδραχμος de Myconos, érane divisé en quatre parts de 500 drachmes chacune [2], ou bien être proportionnées aux facultés de chacun [3]. Le fait par l'emprunteur de réunir les cotisations des différents prêteurs se nomme alors αἰτεῖν, συλλέγειν, συλλέγεσθαι ἔρανον, ἐρανίζεσθαι (πρὸς φίλων) [4]. En parlant des prêteurs, on emploie les expressions εἰσενεγκεῖν, συνεισφέρειν, πληροῦν [5]. Le verbe ἐρανίζειν est appliqué soit à l'emprunteur (ἐρανίζειν τινα) [6], soit aux prêteurs [7]. Si ordinairement c'est l'emprunteur qui se charge lui-même de réunir l'érane, quelquefois c'est un ami qui, pour lui éviter des ennuis ou des humiliations, consent à faire la tournée des personnes disposées à prêter gratuitement, et l'on dit alors de ce tiers συνίστησι τὸν ἔρανον [8]. C'est, dit-on, de cette manière qu'Epaminondas et Démosthène s'efforçaient de se rendre utiles à leurs concitoyens, ne pouvant, à raison de la médiocrité de leur fortune, prêter eux-mêmes les sommes nécessaires [9].

Si l'ἔρανος suppose normalement la pluralité des prêteurs, à l'inverse cette pluralité est tout à fait exceptionnelle pour les emprunteurs. On ne peut en citer d'exemple à Athènes.

(1) On rencontre cette expression dans une inscription d'Oropos de l'époque macédonienne. Cf. *Bulletin*, X, p. 458.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 49, § 1.

(3) Cornélius Népos, *Epamin.*, 3.

(4) Antiphon, *Tetral.*, I β, § 9 ; Démosthène, *C. Nicostr.*, § 11 ; *C. Neær.*, § 3 ; Lysias, *C. Esch.*, *in* Athénée, XIII, 612 D ; Démosthène, *In Mid.*, § 101. On trouve dans des inscriptions de Delphes et de Chéronée les expressions δασμολογεῖν, συνάγειν. Wescher et Foucart, *Inscriptions de Delphes*, n° 107 ; *Corp. inscr. Græc. sept.*, I, 3376.

(5) Démosthène, *In Mid.*, § 184.

(6) Démosthène, *Epist.*, III, § 9, p. 1484, 2.

(7) Antiphon, *Tetral.*, II β, § 12. Cf. sur la terminologie usitée en cette matière : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 640-641 ; Hermann-Thalheim, p. 74, note 3 ; Reinach, *loc. cit.*

(8) Eschine, *De mal. gest. leg.*, § 41.

(9) Cornélius Népos, *loc. cit.* ; Eschine, *loc. cit.*

Mais les inscriptions de Delphes signalent des éranes réunis par plusieurs personnes [1], et l'on peut également en voir un dans une inscription de Myconos [2]. Lorsqu'il y a plusieurs emprunteurs associés, l'érane n'a alors probablement d'autre objet que de leur procurer les capitaux nécessaires à l'exercice de leur commerce ou de leur industrie [3].

« Dans tous les textes qui nous parlent d'éranes, il s'agit de prêt d'argent. Quelquefois les sommes prêtées de cette façon sont assez fortes et elles sont toujours exprimées en chiffres ronds, par exemple, vingt, trente ou quarante mines et même deux talents [4]. Quant aux circonstances qui peuvent motiver la réunion d'un érane, elles sont des plus variées. Ainsi tantôt le prêt a lieu pour payer la rançon d'un captif pris par les ennemis ou par les pirates [5], tantôt pour arrêter les poursuites de créanciers implacables [6], pour doter une fille pauvre [7], pour racheter un esclave [8] ou pour rembourser au Trésor une dette ou une amende dont le non-payement exposerait le débiteur à l'atimie [9]. On peut dire qu'en général, la formation d'un érane suppose chez l'emprunteur un besoin pressant [10]. »

Ce qui caractérise l'érane, le distingue du δάνεισμός, c'est sa gratuité. L'emprunteur est bien tenu de restituer le capi-

(1) Wescher et Foucart, *Inscr. de Delphes*, nos 126 et 213. Cf. Reinach, *loc. cit.*, p. 806.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 49, § 1. Le sens de ce texte est douteux. Cf. Dittenberger, *Sylloge*, n° 379 ; Reinach, *loc. cit.* ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 59 ; Hermann-Thalheim, p. 75, note.

(3) Reinach, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *C. Neær.*, § 30 ; Wescher et Foucart, *Inscriptions de Delphes*, n° 107 ; Dittenberger, *Sylloge*, n° 462 ; Démosthène, *De coron.*, § 312.

(5) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 8 ; Cornélius Népos, *Epamin.*, 3.

(6) Diogène Laërce, VIII, 87.

(7) Cornélius Népos, *loc. cit.* ; Lucien, *Eloge de Démosthène*, c. 45.

(8) Démosthène, *C. Neær.*, § 29.

(9) Démosthène, *De coron.*, § 312 ; Antiphon, *Tetral.*, I, β, § 9.

(10) Reinach, *loc. cit.*, p. 806.

tal, mais il est dispensé d'en servir les intérêts aux prêteurs. C'est la reconnaissance qui doit tenir lieu d'intérêts, ainsi qu'on le voit dans ce passage de Théophraste où l'*Esprit chagrin* répond à ceux qui le félicitent du succès de son érane : « Comment pourrais-je m'en réjouir, quand je pense que je dois rendre cet argent à chacun de ceux qui me l'ont prêté et que, par dessus le marché, je leur devrai de la reconnaissance pour leur bienfait [1]. » Dans un autre passage, Théophraste oppose τοὺς δανειζομένους aux ἐρανίζοντας [2] ; or comme les premiers sont ceux qui empruntent à intérêt, les seconds doivent être ceux qui obtiennent un prêt gratuit. La gratuité de l'érane n'est, il est vrai, mentionnée dans aucun des textes concernant cette sorte de prêt, mais elle résulte implicitement du silence que gardent ces documents relativement aux intérêts [3]. La dispense de payer des intérêts était, à Athènes, une faveur considérable, si l'on songe au taux élevé de l'intérêt, qui était ordinairement de 12 pour 100 et même de 18 pour 100 d'après certains auteurs [4]. Ce privilège, joint probablement à la concession à l'emprunteur d'un long délai pour s'acquitter, pouvait faire considérer l'érane comme une véritable libéralité, et explique l'expression δωρεά qui est quelquefois employée pour le qualifier [5]. Si toutefois, en fait, l'érane peut équivaloir à une libéralité et si, pour sauver les apparences et ménager l'amour-propre d'un ami malheureux, on pouvait dissimuler un présent sous la forme d'un érane, en droit, cependant,

(1) Théophraste, *Charact.*, 17 : καὶ πῶς εἰπεῖν, ὅτι δεῖ τἀργύριον ἀποδοῦναι ἑκάστῳ καὶ χωρὶς τούτων χάριν ὀφείλειν, ὡς εὐηργετημένον.

(2) Théophraste, *Charact.*, 1.

(3) Hermann-Thalheim (p. 75, note 1) voit un érane portant intérêt dans une inscription de Delphes : Wescher et Foucart, n° 213. Mais Reinach (*loc. cit.*, p. 805, note 16) avec plus de raison, selon nous, dit que ce texte ne porte rien de semblable.

(4) V. *supra*, p. 250 et s.

(5) Démosthène, *De coron.*, § 312 ; *C. Nicostr.*, §§ 8-9 ; Etymol. magn., v° δωρεά.

l'érane constitue un prêt plutôt qu'une donation, car il suppose, comme nous le verrons, une obligation, une dette de celui qui le recueille [1], tandis que le donataire n'est tenu à rien vis-à-vis du donateur. Au surplus, l'érane peut quelquefois avoir un caractère mixte, en ce sens que parmi les coprêteurs, les uns peuvent se montrer plus généreux que les autres et prêter gratuitement, tandis que ceux-ci ne prêtent qu'à intérêt. Il y a alors, en réalité, une double opération juridique, c'est-à-dire ἔρανος vis-à-vis des premiers et δανεισμός vis-à-vis des seconds. C'est ainsi que Nicostrate, pour payer sa rançon, reçoit d'Apollodore, à titre d'érane, une contribution de 1000 drachmes et emprunte le reste à des étrangers dans les conditions d'un prêt ordinaire [2].

Quant aux formes de l'érane, nous ne possédons aucun renseignement précis à cet égard. Il est probable que les formes suivies pour cette sorte de prêt étaient les mêmes que celles que l'on employait pour un prêt ordinaire [3], c'est-à-dire que l'on ne se contentait pas, en principe, de réunir des témoins et que l'on dressait un écrit constatant le montant de la somme prêtée, les termes du remboursement ainsi que la quote-part revenant à chacun des prêteurs. Cette rédaction d'un écrit n'a rien d'incompatible avec la nature gratuite de l'érane, et l'on conçoit que les prêteurs cherchent à se ménager une preuve de leur droit, alors surtout qu'on les voit prendre soin quelquefois de se faire donner des sûretés réelles ou personnelles par l'emprunteur [4].

Le remboursement de l'érane peut être, en effet, garanti d'abord par une caution. Cette garantie fut le sujet d'un

(1) Cf. Foucart, *Associations religieuses*, p. 144; Reinach, *loc. cit.* Meier, Schœmann et Lipsius, p. 641-642 y voient un acte juridique d'un caractère mixte tenant le milieu entre le *mutuum* et la donation.

(2) Demosthène, *C. Nicostr.*, §§ 8-10 : ἔρανον αὐτῷ εἰς τὰ λύτρα εἰσοίσοιμι.... οἱ ξένοι οἱ δανείσαντες τὰ λύτρα, τὸ λοιπὸν ἀργύριον.

(3) V. *supra*, p. 235 et s.

(4) Cf. Reinach, *loc. cit.*, p. 807.

discours de Lysias contre Aristocratès περὶ ἐγγύης ἐράνου [1]. Le cautionnement d'un érane est également mentionné dans une inscription de Delphes où un individu, qui s'était porté garant de l'érane d'un autre, se décharge sur son esclave affranchi sous forme de vente à la divinité des conséquences de cette garantie [2]. C'est donc qu'à défaut de payement par le débiteur principal dans les délais fixés, la caution pouvait être actionnée par les créanciers prêteurs [3]. Le cautionnement de l'érane est également attesté par une inscription d'Amorgos où l'on voit même la caution fournir une garantie hypothécaire en supplément [4].

L'emprunteur doit, comme nous l'avons déjà observé, rembourser le capital de l'érane à chacun des prêteurs, suivant sa part et portion. On applique à ce remboursement les expressions ἀποδοῦναι, ἐκφέρειν, καταφέρειν ou διαφέρειν ἔρανον [5]. A l'inverse, le défaut de payement par l'emprunteur est désigné par l'expression λείπειν ἔρανον [6]. Le mode et l'époque du remboursement étaient stipulés dans l'acte constitutif de l'érane. Peut-être quelquefois s'en remettait-on à la bonne foi de l'emprunteur en l'autorisant à rembourser quand il le pourrait, quand ses affaires se seraient améliorées [7]. C'est alors surtout que l'érane pouvait être

(1) Harpocration, v° ἐρανιστής. Le grammairien doute cependant de l'authenticité de ce plaidoyer.

(2) Wescher et Foucart, n° 139 : κατενεγκάτω δὲ Ἀφροδισία τὸν ἔρανον τὸν Θρομίου οὗ ἐγγυεύει Ἰατάδας, μὴ ἀκαταβολέουσα μηδὲ καταβλάπτουσα Ἰατάδαν. D'autres inscriptions nous montrent des maîtres, en vendant leurs esclaves au dieu, stipuler qu'ils auront à acquitter un érane contracté par eux-mêmes. Wescher et Foucart, n°s 89, 107, 126, 213, 144. V. *supra*, t. II, p. 493.

(3) Foucart, *Associat. rel.*, p. 144 ; Reinach, *loc. cit.*, p. 806 ; Hermann-Thalheim, p. 71, note 1.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, n° 64. La portée de cette inscription est controversée. V. *supra*, t. I, p. 335.

(5) Théophraste, *Charact.*, 17 ; Démosthène, *C. Neær.*, § 8; Wescher et Foucart, n°s 139, 213, 244 ; Lycurgue, *C. Leocr.*, § 22.

(6) Démosthène, *C. Aphob.*, I, § 25.

(7) Reinach, *loc. cit.*, p. 807.

qualifié de δωρεά et qu'il se rapprochait le plus d'une véritable libéralité. Mais le plus souvent, du moins d'après les documents qui nous sont parvenus, l'érane doit être remboursé par annuités, qui se nomment φοραί ou καταβολαί [1], d'où l'expression ἐκλιπεῖν τὴν φοράν [2], pour dire laisser un versement en souffrance. Ainsi, d'après une inscription de Delphes, un érane doit être remboursé par annuités d'une mine chacune dans le délai de treize ans [3]. D'après une autre inscription l'annuité est d'une demi-mine seulement [4].

Lorsque l'emprunteur ne rembourse pas l'érane suivant les conditions stipulées, peut-il être actionné en justice? Platon, qui admet dans sa cité modèle l'institution des éranes, ne veut pas permettre de procès relativement à des actes de ce genre, et il refuse toute action, sans doute parce qu'il serait trop facile de déguiser sous la forme d'un érane les ventes à crédit qui, d'après Platon, ne peuvent donner lieu à aucune action en justice [5]. Mais, sur ce point, il ne semble pas que, comme dans d'autres passages de son *Traité des Lois*, Platon se soit inspiré des dispositions du droit positif, et nous estimons, au contraire, qu'à Athènes la dette née d'un érane était aussi civilement obligatoire que celle née d'un prêt ordinaire et qu'elle ne constituait point une simple obligation naturelle, abandonnée à la discrétion du débiteur et non munie d'action. Nous écartons, bien entendu, le cas où les prêteurs s'en remettent sur ce point à la bonne foi de l'emprunteur, et nous supposons que l'acte constitutif de l'érane fixe un ou plusieurs termes précis pour le remboursement. Dans cette dernière hypothèse,

(1) Lysias, *C. Esch. Socr.*, (fr. 1, Didot); Pollux, VIII, 144; Wescher et Foucart, nos 30, 139.

(2) Pollux, VIII, 144.

(3) Wescher et Foucart, no 244.

(4) *Ibid.*, no 89.

(5) Platon, *Leges*, XI, p. 915, e : ἐὰν δέ τις διαφορὰ γίγνηται περὶ τῆς ἐρανίσεως, οὕτω πράττειν ὡς δικῶν μηδενὶ περὶ τούτων μηδαμῶς ἐσομένων. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 111-112.

le recouvrement de l'érane peut, à notre avis, être poursuivi en justice, de même que toute autre dette légalement obligatoire. C'est ce qui résulte d'abord du passage précité de Théophraste où l'*Esprit chagrin* ne peut se réjouir du succès de son érane en songeant qu'il devra restituer l'argent [1] : cela prouve qu'il peut y être contraint. De même, nous avons vu que l'érane est fréquemment cautionné. Or on ne comprendrait pas que le créancier pût poursuivre la caution sans pouvoir s'adresser au débiteur principal, alors surtout que si la caution a été obligée de payer, elle a évidemment un recours contre ce dernier. D'autres témoignages prouvent encore que l'érane attique constitue une véritable dette. Ce sont d'abord les expressions ὄφλημα (dette) et εἰσπράττειν (poursuivre le recouvrement) qui sont appliquées aux obligations nées d'un érane et qui impliquent une action judiciaire [2]. Nous voyons, d'autre part, que l'acheteur d'un fonds de commerce, qui s'est engagé, par une clause spéciale du contrat, à supporter les dettes garanties par le fonds, se trouve tenu en conséquence du payement des éranes comme de celui des autres dettes contractées par son auteur [3]. L'assimilation, au point de vue de la force obligatoire, de l'ἔρανος et du δανεισμός résulte également de ce fait, signalé par Lycurgue, que Léocrate, en quittant Athènes pour s'établir à Mégare, vend sa maison et ses esclaves en chargeant un de ses amis τοῖς τε χρήσταις ἀποδοῦναι τὰ ὀφειλόμενα καὶ τοὺς ἐράνους διενεγκεῖν [4]. Le caractère que nous attribuons ainsi à l'érane dans le droit attique ressort également par analogie de ce que nous savons d'autres Etats de la Grèce, où le recouvrement de l'érane pouvait certainement s'obtenir par la voie judiciaire. Ainsi, à Myconos, l'expression employée pour désigner le droit d'un coprêteur de réclamer ce qui lui est dû, est

(1) V. *supra*, p. 262.

(2) Isée, *De Hagn. her.*, § 43 : ἐξ ἐράνων ὀφλημάτα εἰσπεπραγμένα.

(3) Hypéride, *C. Athenog.*, col. III, 23 ; IV, 13.

(4) Lycurgue, *C. Leocr.*, § 22.

εἰσπράττειν εἰσφορὰν [1], expression qui, comme nous l'avons déjà observé, paraît impliquer le droit d'agir en justice. Aussi le créancier éraniste peut-il constituer en dot à sa sa fille la part qu'il a dans l'érane, constitution qui aurait été manifestement illusoire pour le mari s'il n'avait eu aucune action contre l'emprunteur [2]. Il en est de même à Delphes, ainsi que le prouvent les inscriptions précitées relatives au cautionnement de l'érane ou à l'affranchissement des esclaves [3]. Il serait peu vraisemblable que l'érane n'eût pas eu partout le même caractère, et l'on doit admettre qu'à Athènes, comme dans les autres cités grecques où il était pratiqué, il engendrait une obligation civilement obligatoire [4].

Les actions au moyen desquelles on peut poursuivre le remboursement d'un érane sont les ἐρανικαὶ δίκαι. Ces actions étaient considérées comme présentant un caractère particulier d'urgence et, à ce titre, elles étaient comprises parmi les δίκαι ἔμμηνοι, c'est-à-dire qu'elles devaient être terminées et jugées dans le délai d'un mois à partir de leur introduction [5]. La raison en était probablement que l'éranos était ordinairement remboursable par annuités, ce qui entraînait l'assimilation, au point de vue de la procédure, des ἐρανικαὶ δίκαι aux actions ayant pour objet le payement des intérêts d'un prêt ordinaire [6]. On a pu, en ce qui concerne

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 49, § 1, l. 9-10.

(2) Reinach, *loc. cit.*, p. 807.

(3) *Supra*, p. 264. Cf. Hermann-Thalheim, p. 75, note 1 ; Reinach, *loc. cit.* Polybe (XXXVIII, 3, 10) raconte également qu'en Achaïe, à l'époque romaine, Critolaos, voulant suspendre l'action de la justice, engagea en même temps les juges à τοὺς ἐράνους ὑπομόνους ποιεῖν, c'est-à-dire à ne recevoir aucune action concernant des éranes. Hermann-Thalheim, *loc. cit.* ; Reinach, *loc. cit.*, p. 807.

(4) Cf. en ce sens : Dareste, *Plaid., civ.*, t. II, p. 200, note 3, et *Science du droit*, p. 112 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 641-642 ; Hermann-Thalheim, p. 75 ; Foucart, *loc. cit.*, p. 143-144 ; Reinach, *loc. cit.*

(5) Harpocration et Suidas, v° ἔμμηνοι δίκαι ; Pollux, VIII, 37, 101, 144 ; Aristote, *Const. des Athén.*, c. 52.

(6) V. *supra*, p. 257.

les ἐρανικαὶ δίκαι relatives à l'érane-société, émettre certains doutes sur le magistrat compétent pour les instruire et sur les juges appelés à les trancher [1]. Mais ces doutes ne nous semblent pas possibles en ce qui concerne les ἐρανικαὶ δίκαι relatives à l'érane-prêt. Ces actions, ainsi que cela résulte du témoignage d'Aristote [2], qui est venu confirmer celui de Pollux [3], rentrent dans l'hégémonie des εἰσαγωγεῖς. D'autre part, il n'y a aucun motif pour soustraire ces actions au jugement des tribunaux ordinaires, c'est-à-dire des héliastes.

Il nous reste, pour compléter l'exposé des règles concernant l'érane-prêt, à rechercher si cette institution suppose l'idée de réciprocité, c'est-à-dire si ce mode d'emprunt n'est accessible qu'aux seuls membres des sociétés que l'on nomme également éranes. Dans une théorie qui a réuni de nombreux partisans, les collèges d'éranistes, dont nous aurons plus tard à nous occuper en exposant les règles des sociétés, constituaient non seulement des associations ayant pour but le plaisir ou la religion, mais encore de véritables sociétés de secours mutuels. Le sociétaire qui subissait des revers de fortunes et qui se trouvait avoir besoin immédiatement d'une somme d'argent, pouvait demander des secours à la caisse commune, à charge de remboursement quand les circonstances lui redeviendraient plus favorables : ces secours, c'était l'érane-prêt dont nous venons de nous occuper [4]. Comme on ne peut toutefois reconnaître à l'associé malheureux le droit de puiser sans restriction dans la caisse

(1) V. *infra*, p. 357, 358.

(2) Aristote, *Const. des Athén.*, c. 52.

(3) Pollux, VIII, 101.

(4) V. en ce sens Janus Pan, *De grat. animi officiis*, Leyde, 1809, p. 134-135 ; Wescher, *Revue archéologique*, t. X, 1864, p. 461, t. XII, 1865, p. 220 ; Westermann, *in* Pauly's, *Real-Encyclopædie*, t. 3, p. 224 ; Bœckh, t. I, p. 313 ; Renan, *Les Apôtres* (1866), p. 351 ; Caillemer, *Contrat de société*, p. 24 et s. ; Dareste, *Science du droit*, p. 111-112.

sociale, on a cherché à limiter les cas dans lesquels il y serait autorisé. Mais on est assez embarrassé pour faire cette délimitation. On indique généralement, d'après l'autorité d'Antiphon [1], le cas où le patrimoine de l'éraniste a été confisqué par suite d'une condamnation judiciaire, d'après l'autorité de Démosthène [2], le cas où il s'agit de payer la rançon d'un captif, et, d'après l'autorité de Cornélius Népos [3], celui où l'éraniste n'a pas les moyens de constituer une dot à sa fille. On a même enseigné, mais sans en donner aucune preuve, que les éranes grecs formaient des sociétés de crédit et d'assurance en cas d'incendie [4].

Cette théorie repose, à notre avis, sur une confusion entre l'érane-prêt et l'érane-société. Celui-ci ne constituait nullement une société de secours mutuels à la caisse de laquelle l'éraniste malheureux aurait eu le droit de faire un emprunt gratuit plus ou moins considérable. En effet, dans les divers documents où il est question des prêts gratuits dont nous avons précédemment parlé, il s'agit non pas de secours fournis par un collège d'éranistes, mais d'avances gratuites faites par des personnes riches et bienveillantes, entre lesquelles on n'aperçoit aucun autre lien d'association que celui qui résulte de leur qualité de cocréancières du même individu. Ainsi, dans le texte précité d'Antiphon, le condamné, dont la fortune a été confisquée, et qui veut se créer d'autres ressources, dit : « J'en serai quitte pour réunir un érane en m'adressant à mes amis, ἔρανον παρὰ τῶν φίλων συλλέξας. » Rien n'y fait songer à un emprunt forcé fait par un éraniste à la caisse de la société. De même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate, lorsque celui-ci cherche à réunir les fonds nécessaires au payement de sa rançon, on n'aperçoit nullement qu'il existe entre lui

(1) Antiphon, *Tetral.*, I, β, § 9.
(2) Démosthène, *C. Nicostr.*, §§ 11-12.
(3) Cornelius Népos, *Epamin.*, c. 3.
(4) Renan, *loc. cit.*

et les personne auxquelles il s'adresse un lien quelconque de société. Ce que Cornélius Népos nous raconte d'Epaminondas présuppose encore moins l'intervention d'une société d'éranistes venant au secours d'un de ses membres avec les fonds sociaux. L'historien, pour nous montrer la générosité du grand homme, dit de lui : « Lorqu'un de ses concitoyens avait été fait prisonnier par l'ennemi, lorsque la fille d'un de ses amis était en âge d'être mariée et ne pouvait trouver de mari en raison de sa pauvreté, il réunissait tous ses amis, et fixait, eu égard à leur fortune, la somme pour laquelle chacun d'eux devait contribuer. » En agissant ainsi, Epaminondas se bornait à user de l'influence si bien justifiée qu'il exerçait sur ses amis, et l'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'en venant au secours de ses concitoyens en pareille circonstance, il ait rempli les fonctions d'éranarque. De même, dans les différentes inscriptions soit de Delphes [1], soit de Chéronée [2] où il est question de la réunion d'un érane-prêt, on ne fait aucune allusion à l'existence d'une société de secours mutuels [3]. Théophraste également, lorsque, dans ses *Caractères*, il fait à plusieurs reprises allusion aux contributions en faveur d'un ami commun dans le besoin, en parle comme d'une faveur sollicitée par ce dernier, et sans laisser supposer en aucune façon qu'il s'agisse de sociétés d'éranistes obligées par leurs statuts à venir en aide, dans certains cas déterminés, à un associé malheureux [4]. Nous observerons enfin qu'Apollo-

(1) Wescher et Foucart, nos 89, 107, 126, 139, 213, 244.

(2) *Corp. inscr. Gr. sept.*, I, 3376.

(3) On peut dire également que le langage d'Argyrippe, dans l'*Asinaria* de Plaute (I, 3, v. 92-95), lorsqu'il se préoccupe de réunir un érane de vingt mines, ne fait nullement songer à l'existence d'une société de secours mutuels :

Nunc pergam ad forum atque experiar opibus, omni copia,
Supplicabo, exopsecrabo, ut quemque amicum videro.
Dignos, indignos adire atque experiri stat mihi :
Nam si mutuas non potero, certumst sumam fœnore.

(4) Théophraste, *Charact.*, I, 17, 22. Cf. Caillemer, *Contrat de société*, p. 26-27.

dore, lorsqu'il reproche à Stéphanos de ne pouvoir nommer une seule personne à qui il soit venu en aide malgré sa richesse, présente l'ἔρανος comme une contribution purement volontaire et indépendante de toute relation de société [1]. Au surplus, dans les documents relatifs aux collèges d'éranistes, il n'est jamais question de versements faits par les membres de ces associations et qui leur donnent le droit d'emprunter, dans certains cas, à la caisse commune. La cotisation versée par chacun d'eux était, du reste, généralement fort modique, et elle suffisait à peine aux frais des sacrifices et des festins communs, ainsi qu'aux autres dépenses du culte. On ne comprend donc pas comment elle aurait pu, en outre, subvenir aux versements quelquefois assez considérables d'un érane-prêt. Nous conclurons, en conséquence, que l'érane-prêt est, en principe, absolument distinct et indépendant de l'érane-société. Ce qui est possible toutefois, c'est qu'un membre d'un collège d'éranistes, se trouvant dans le besoin, se soit adressé à ses associés, de préférence à d'autres personnes, pour leur emprunter de l'argent gratuitement [2]. Mais alors il y a là un érane-prêt. On pourrait expliquer en ce sens l'inscription précitée d'Amorgos [3] où Aristogoras, qualifié d'ἀρχέρανος, réunit un ἔρανος pour Xénoclès [4]. Mais les sociétés d'éranistes n'ont point par elles-mêmes le caractère de sociétés de secours mutuels, et le prêt gratuit nommé ἔρανος intervient normalement entre personnes que ne rattache aucun lien d'association [5].

(1) Démosthène, *C. Stephan.*, I, § 69.

(2) Foucart, *Associat. relig.*, p. 42 et s. Cet auteur (p. 142 *ibid.*) observe encore qu'Aristote (*Eth. Nicom.*, VIII, 9, 7) cite les éranes avec les thiases comme des associations formées en vue du plaisir, et il les oppose à celles qui ont pour but l'utilité. Or l'exemple aurait été mal choisi si les éranes avaient été des sociétés d'assistance mutuelle.

(3) V. *supra*, p. 264, note 4.

(4) Cf. Hermann-Thalheim, p. 113, note 1.

(5) Cf. en ce sens : Van Holst, *De eranis veterum Graecorum*, p. 12, p. 73

§ III. — Prêt à la grosse.

1° *Généralités.*

Le prêt à la grosse est un contrat par lequel le bailleur de fonds remet à l'emprunteur un capital avec affectation spéciale sur des objets exposés à des risques maritimes, mais dont le remboursement est subordonné à la condition que les objets affectés au prêt arriveront heureusement à leur destination ; l'emprunteur est libéré, au contraire, lorsque ces objets viennent à périr au cours du voyage par suite d'un accident de mer [1]. En compensation de ce risque qu'il court, le prêteur stipule un profit maritime, c'est-à-dire un intérêt bien supérieur à l'intérêt ordinaire. Ce contrat est désigné, dans le droit grec, par les expressions ἔκδοσις ou ναυτικὸν δάνεισμα [2].

Le ναυτικὸν δάνεισμα, bien que n'étant au fond qu'une variété du prêt à intérêt, présente néanmoins à certains égards un caractère tout spécial. Ce contrat, en effet, ne laisse à l'emprunteur qu'une liberté d'action très restreinte, car il n'est plus le maître absolu ni de son navire, ni de sa cargaison.

et s. ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 640, texte et note 426 ; Reinach, *loc. cit.*, p. 807 ; Hermann-Thalheim, p. 75, note 1. Van Holst résume ainsi sa thèse, qui est la nôtre (p. 130) : « Egregie falluntur ii, qui collegia eranistica eo consilio, ut amici egeni ex arca communi sublevarentur, a Græcis instituta contendunt. » Il dit également (p. 73) : « Hoc præcipue animadverti velim, amicos, qui aliorum erano juvantur, non esse ipsos collegii cujusdam socios, neque eos prorsus quidquam, sive in arcam, sive in communem utilitatem intulisse, ut in eranistorum collegiis factum vidimus. » Foucart (*Associat. relig.*, p. 145), tout en écartant l'idée que les éranes n'étaient pas des sociétés de secours mutuels, les considère comme des sociétés de crédit.

(1) Cf. Bekker, *Anecd.*, I, 283 : ναυτικὴ συγγραφή : ναυτικὸν δάνεισμα, ὃ ποιεῖταί τις ἐπὶ ὑποθήκῃ τῆς νεώς, ἐὰν ἄρα σωθείη. εἰ δὲ μή, ἀπώλετο τῷ δανειστῇ καὶ τὸ κεφάλαιον. V. les textes cités *infra*, p. 300.

(2) Pollux, III, 115 : ναυτικὰς ἐκδόσεις ἐπὶ μεγάλοις τόκοις παρακινδυνεύων, ἐπὶ κέρδους ἐλπίδι. Harpocration, v° ἔκδοσις : τὸ ναυτικὸν δάνεισμα, οἱονεὶ ἔξω δόσις. Cf. Pollux, VIII, 141.

Il est lié très étroitement par les clauses de la συγγραφή. Aussi, comme on l'a observé très justement, « il n'est plus en réalité que le mandataire de ses bailleurs de fonds, et répond vis-à-vis d'eux, comme des tiers, de toute négligence dans l'exercice de son mandat. Et cependant on ne peut dire qu'il soit un vrai mandataire, car il est le *dominus rei*, le maître de l'affaire ; il ne doit à ses prêteurs qu'un intérêt très élevé sans doute, une vraie part de bénéfices, mais qui le laisse entrepreneur. La situation ressemble donc beaucoup à la commande du moyen-âge, qui porte le nom spécial de contrat de pacotille. C'est un contrat *sui generis*, qui n'est tout à fait ni le prêt, ni le mandat, ni la société, mais qui se rapproche assez de ce dernier type pour qu'on soit en droit de le faire figurer dans un aperçu sur les associations anciennes » [1]. La commande diffère, sans doute, du ναυτικὸν δάνεισμα en ce que dans celle-là le bailleur de fonds a droit à une quote-part des bénéfices tandis que le prêteur à la grosse touche un profit indépendant du résultat de l'affaire [2]. Néanmoins le prêt à la grosse, dans le droit attique, comme du reste dans le droit romain, se rapproche à un autre point de vue du contrat de société, en ce sens que le taux des intérêts y est fixé beaucoup moins en considération des risques maritimes plus ou moins grands auxquels le prêteur est exposé qu'en vue du gain probable qui sera réalisé par le voyage. Aussi le τόκος ναυτικός pouvait-il, pour employer des expressions romaines, être envisagé plutôt comme un *fenus* que comme une *usura* : c'était la part de bénéfices du capitaliste dont les fonds permettaient l'opération maritime [3].

Le prêt à la grosse était d'un usage très fréquent dans

(1) Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 114.

(2) Cf. Matthias, p. 13 et s. ; Sieveking, p. 18.

(3) Ainsi que nous le verrons en étudiant les sociétés commerciales, le prêt à la grosse peut supposer aussi une société entre les divers prêteurs.

les cités commerciales de la Grèce et notamment à Athènes. Il y en avait plusieurs raisons. C'est d'abord que les commerçants ne pouvaient guère se procurer des marchandises que contre payement comptant, et par suite, ayant toujours besoin d'un fonds de roulement assez considérable, ils étaient obligés de recourir à des capitalistes auxquels ils ne pouvaient ordinairement offrir comme garantie que les marchandises destinées à être revendues ou le navire qui les transportait [1]. Une autre cause de l'emploi fréquent du ναυτικὸν δάνεισμα, c'est l'absence, dans le droit grec, du contrat d'assurance maritime. Ce contrat, dont il est assez difficile de trouver des traces, même légères, dans l'histoire de la législation romaine [2], ne paraît pas avoir été connu des Grecs [3], malgré sa parenté avec le prêt à la grosse, dont on a pu dire qu'il était le frère jumeau [4]. De même, en effet, que l'assureur se charge, moyennant une prime, des risques de la chose assurée, de même le prêteur à la grosse, moyennant une promesse d'intérêts très élevés pour le cas où les objets arriveraient heureusement au lieu de destination, prend à sa charge les risques des choses affectées au prêt. Il y a toutefois entre les deux institutions des différences notables. C'est ainsi que dans l'assurance la prime est acquise dans tous les cas à l'assureur, celui-ci étant toujours sûr de toucher quelque chose comme contre-partie de son obligation, tandis que le prêteur à la grosse, en cas de sinistre, non seulement perd la somme par lui prêtée, mais encore ne peut pas réclamer le profit maritime par lui stipulé. A un

(1) Büchsenschütz, p. 486.

(2) Cf. Caillemer, *Lettre de change*, p. 19 ; Pardessus, p. 42.

(3) La raison en est, d'après Pardessus (*loc. cit.*), dans le peu d'étendue de la navigation, dans le soin qu'on avait de ne pas tenir la mer pendant les six mois où elle offre le plus de dangers. Il ajoute que les conventions de secours et de défense commune, connues encore sous le nom de conserve, et les diverses clauses dont elles étaient susceptibles, furent ou du moins parurent suffisantes pour qu'on n'ait pas eu l'idée de recourir à d'autres moyens.

(4) Emérigon, *Traité des assurances*, II, p. 377.

autre point de vue, l'assurance diffère du prêt à la grosse en ce sens que l'assureur ne joue un rôle utile dans l'entreprise maritime que quand le péril prévu est arrivé, tandis que le prêteur à la grosse favorise dès le début cette entreprise par les capitaux qu'il remet à l'emprunteur. Enfin, du moins dans le droit grec, les intérêts stipulés et payables en cas de succès du voyage ne sont pas seulement un équivalent de la charge des risques ; ils ont également le caractère d'une part dans les bénéfices de l'opération [1]. Il y a donc, en définitive, pour le bailleur de fonds des risques beaucoup plus considérables dans le contrat d'assurance que dans celui de prêt à la grosse et ce dernier peut être justement qualifié d'aléatoire [2].

L'absence, dans le droit grec, du contrat d'assurances maritimes explique une différence sensible dans l'emploi du prêt à la grosse à Athènes et de nos jours. Le prêt à la grosse peut intervenir, en effet, dans deux circonstances différentes, soit avant, soit après le départ. Il peut d'abord être fait à l'armateur qui a besoin de capitaux pour armer son navire ou au chargeur qui en a besoin pour acheter ses marchandises. Le prêt à la grosse peut, en second lieu, intervenir en cours de route, lorsqu'il y a à pourvoir à des frais de réparations d'avaries, à des achats de victuailles ou à d'autres nécessités urgentes. Le prêt de ce dernier genre est le seul qui soit encore quelque peu répandu aujourd'hui et, dans les législations de nombreux États, c'est même le seul qui soit admis. Le prêt à la grosse avant le départ, là où il est encore permis, est devenu très rare, et l'une des principales causes de cette rareté, c'est que la nécessité de l'avance fait qu'on trouve souvent plus facilement à assurer un navire qu'à emprunter sur lui à la grosse. Dans le droit grec, au contraire, l'assurance n'étant pas pratiquée, on

(1) Hérault, *Observ.*, VIII, p. 155 : pars lucri. Cf. Sieveking, p. 10.
(2) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fenus*, p. 1220.

recourait, en pareil cas, au prêt à la grosse, et les prêts avant le départ paraissent avoir été plus fréquents que les prêts en cours de voyage.

Malgré les risques courus par le bailleur de fonds, les Athéniens n'hésitaient point cependant à prêter à la grosse en raison des bénéfices élevés que l'opération pouvait leur procurer. Sans parler des banquiers, portés naturellement aux spéculations, on voit des prêts à la grosse consentis par de simples commerçants [1], citoyens [2] ou métèques [3]. Ordinairement le prêteur a lui-même beaucoup voyagé et, retiré des affaires, il fait valoir ses fonds dans les entreprises maritimes [4], prêtant par petites sommes pour diviser les risques ou s'associant avec d'autres capitalistes pour permettre à l'emprunteur de se livrer à des entreprises plus importantes et plus fructueuses pour tous [5]. La loi athénienne comprenait, du reste, l'utilité que pouvaient présenter ces opérations de crédit pour le développement du commerce et l'augmentation de la richesse publique [6]. Elle s'était préoccupée, en conséquence, de venir au secours des prêteurs contre les fraudes dont ils pouvaient être victimes de la part

(1) Suivant Diogène Laërce (VII, 13), Zénon de Citium, le fondateur du stoïcisme, lorsqu'il vint en Grèce, y aurait apporté des sommes considérables qu'il faisait valoir dans des prêts maritimes.

(2) Dans le plaidoyer de Lysias contre Diogiton (§ 7), Diodotos, lorsqu'il remet sa fortune à son frère, ναυτικὰ ἐπέδειξεν ἐκδεδομένα ἑπτὰ τάλαντα καὶ τετταράκοντα μνᾶς. Démosthène énumère parmi les biens compris dans son héritage paternel ναυτικὰ δ'ἑβδομήκοντα μνᾶς. *C. Aphob.*, I, § 11.

(3) Les métèques pouvaient utiliser le prêt à la grosse pour faire valoir leur argent, car l'hypothèque portait ici sur des biens meubles et il était permis aux étrangers d'avoir des hypothèques mobilières, tandis que l'hypothèque immobilière leur était interdite. V. *supra*, t. III, p. 221. Ainsi dans le contrat mentionné dans le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos, l'un des deux prêteurs, Androclès, est Athénien, tandis que l'autre, Nausicrate est étranger. Cf. De Vries, p. 6-8.

(4) V. Démosthène, *C. Apat.*, § 4.

(5) Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 12 V. *infra*, p. 368.

(6) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 50 : χρησιμώτατοι εἰσι καὶ κοινῇ πᾶσιν ὑμῖν καὶ ἰδίᾳ τῷ ἐντυγχάνοντι.

de leurs débiteurs [1]. Elle leur facilitait également le recouvrement de leurs créances, soit au moyen d'une procédure spéciale [2], soit en leur donnant exceptionnellement la faculté d'user de la contrainte par corps contre leurs débiteurs [3].

On s'est demandé si, en raison du caractère fortement aléatoire du prêt à la grosse, la loi athénienne n'avait pas interdit ce mode de placement aux tuteurs pour les sommes appartenant à leurs pupilles. On allègue à l'appui de la solution affirmative un fragment de Lysias [4], où l'orateur, après avoir rappelé que la loi ordonne aux tuteurs τοῖς ὀρφανοῖς ἔγγειον τὴν οὐσίαν καθιστάναι, dit, par voie d'opposition, en parlant du tuteur : οὗτος δὲ ναυτικοὺς ἡμᾶς ἀποφαίνει [5]. Cela paraît bien indiquer, dit-on, que ce tuteur commet une illégalité en ne représentant que des titres de prêts maritimes, au lieu d'exhiber, comme le veut la loi, des biens fonciers, ἔγγειον τὴν οὐσίαν. Cette interprétation, ajoute-t-on, paraît confirmée par un autre passage du même orateur d'où il résulte que la loi n'ouvre au tuteur que l'alternative suivante : ou bien affermer le patrimoine du mineur (μισθῶσαι τὸν οἶκον), ou bien acheter des immeubles (ἢ γῆν πριάμενος). Il n'y a pas de troisième parti possible pour le tuteur, ainsi que le prouve ce que dit ensuite l'orateur : καὶ ὁπότερον τούτων ἐποίησεν [6]. On dit enfin qu'il y aurait contradiction manifeste dans la loi si, d'une part, elle prenait tant de précautions pour assurer la conservation du patrimoine du pupille et si, d'autre part, elle permettait de le compromettre par des opérations aussi hasardeuses que celles des prêts à la grosse [7].

Nous hésitons néanmoins à admettre qu'il existe dans la

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 50.
(2) V. *infra*, p. 323.
(3) V. *infra*, p. 452.
(4) Fr. 260, Didot, p. 300.
(5) Lysias, *C. Diogit.*, § 23.
(6) Bœckh, I, p. 189 ; Platner, *Process*, II, p. 281 ; Meier et Schœmann, 1re éd., p. 451 ; Schulthess, p. 123-126 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fenus*, p. 1220 ; Ciccotti, p. 117 ; De Vries, p. 12.

loi athénienne une semblable prohibition. Il faut observer, en effet, que la principale préoccupation de la loi est que le tuteur doit faire fructifier autant que possible les capitaux du pupille. Or une des opérations les plus avantageuses dans ce but est sans contredit le prêt à la grosse. Si, en effet, ce prêt expose le bailleur de fonds à de grands risques, il lui permet, par contre, de stipuler des intérêts beaucoup plus élevés que l'intérêt ordinaire, et pouvant même s'élever jusqu'à 30 pour 100 du capital pour de longues traversées [1]. On ne voit point, d'ailleurs, pourquoi la loi aurait prohibé le prêt à la grosse, alors qu'elle autorisait le tuteur à se livrer, avec les deniers de son pupille, à des spéculations maritimes aussi périlleuses, si ce n'est davantage. C'est ce que nous montre notamment le même plaidoyer de Lysias contre Diogiton. L'orateur nous dit que celui-ci, ayant envoyé dans la mer Adriatique un navire chargé de marchandises pour une valeur de deux talents, déclara, lors du départ du navire, à la mère de ses pupilles, que cette opération se faisait aux risques de ces derniers (ὅτι τῶν παίδων ὁ κίνδυνος εἴη), mais l'expédition ayant bien réussi et doublé le capital exposé, Diogiton, en garda pour lui tout le profit [2]. Or l'orateur, tout en critiquant cette indélicatesse du tuteur, ne songe nullement à lui reprocher l'illégalité d'une pareille spéculation faite avec les deniers du pupille, et certes il n'aurait pas manqué de le faire si réellement la loi avait interdit de semblables opérations. Quant à l'autre fragment de Lysias, il ne saurait, à notre avis, avoir une bien grande autorité pour la solution de notre question. D'abord, en effet, il est assez difficile de tirer un argument décisif de la disposition finale dont les termes mêmes ne sont point nettement

(1) Cela permet même un intérêt annuel plus élevé encore, car la traversée peut ne durer que quelques mois. Cf. en ce point : Bœckh, t. I, p. 175, 195 ; Büchsenschütz, p. 498 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 687 et s. ; Hermann-Blümner, p. 459 ; Schulthess, p. 123 ; Caillemer, *loc. cit.*

(2) Lysias, *C. Diogit.*, § 25.

établis et sont lus différemment par les divers interprètes [1]. En supposant, du reste, que l'on doive lire οὗτος δὲ ναυτικοὺς [2] ἡμᾶς ἀποφαίνει, on voit bien que le texte prescrit le placement en immeubles, mais non qu'il interdit les prêts à la grosse. Dans tous les cas, cette interdiction nous paraît fort douteuse [3].

Les renseignements que nous possédons pour le droit attique sur le prêt à la grosse sont empruntés pour la plupart aux plaidoyers compris dans le recueil des œuvres de Démosthène. Parmi ces discours, il s'en trouvre quatre qui ont été composés pour des affaires de contrats à la grosse : ce sont les plaidoyers contre Zénothémis, Phormion, Lacritos et Dionysodore. Les auteurs ne sont point d'accord en ce qui concerne l'authenticité des quatre discours précités. Mais cette controverse ne présente guère d'intérêt que pour les philologues et non pour les historiens du droit, car il est incontestable que les plaidoyers en question ont été composés, sinon par Démosthène, du moins par ses contemporains, et il paraît également hors de doute qu'ils ont été réellement prononcés devant un tribunal. Ils conservent donc toute leur valeur pour les renseignements qu'ils fournissent sur l'institution dont nous nous occupons [4].

2° *Eléments essentiels du prêt à la grosse.*

Outre les conditions générales exigées pour l'existence de tout contrat, on doit, suivant la théorie de notre code de com-

(1) Au lieu de : οὗτος δὲ ναυτικοὺς ἡμᾶς ἀποφαίνει, Meier lit : ναυτικὰ ἐς ἡμᾶς. Sauppe, lit : ναυτικὰ τὰ ἡμῶν. et Van den Es, p. 177, note 4, propose : οὗτος δὲ ναυτικὰ..., μνᾶς ἀποφαίνει.

(2) Van den Es, p. 173, observe encore : ναυτικοί enim numquam sunt ii qui pecuniam fœnore nautico elocant, sed socii navales.

(3) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 558-559 ; Van den Es, p. 176 ; Hermann-Thalheim, p. 15, note 7. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 1220.

(4) Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 6 et s.

merce, rencontrer, dans le prêt à la grosse, quatre éléments essentiels : 1° une somme ou une chose prêtée ; 2° une chose affectée au remboursement du capital et au paiement du profit maritime ; 3° des risques maritimes courus par la chose affectée au prêt et mis à la charge du prêteur ; 4° un profit maritime stipulé par le prêteur. Ces éléments essentiels correspondent à ceux de l'assurance maritime, sauf que, dans l'assurance, il n'y a pas de somme avancée. Nous avons à rechercher si ces divers éléments se retrouvent également dans le ναυτικὸν δάνεισμα et quelle y était leur signification.

A. — *Somme ou chose prêtée.* — Dans les documents qui nous sont parvenus, on ne voit prêter à la grosse que des sommes d'argent. Mais rien ne se serait opposé, croyons-nous, à ce que, dans le droit attique comme dans notre droit moderne, le prêt à la grosse eût eu pour objet, ainsi que le prêt de consommation ordinaire, toutes autres choses fongibles, de telle sorte que l'emprunteur eût été tenu d'en rendre de semblables ou leur valeur en argent.

B. — *Chose affectée au prêt à la grosse.* — Il n'y a pas aujourd'hui de prêt à la grosse sans une chose affectée au prêt. Depuis l'ordonnance de 1681, l'affectation est, dans notre droit français, de l'essence du prêt à la grosse, et un prêt fait sans affectation serait considéré comme un simple pari et prohibé comme tel. Mais d'autres nations commerçantes n'ont pas admis cette restriction apportée à la liberté des conventions.

Quel système le droit attique a-t-il suivi sur ce point? Si l'on s'en tient aux définitions des lexicographes, on peut croire que l'affectation est de l'essence du prêt à la grosse : ἔκδοσις : δάνεισμα τὸ ἐπὶ ναυσὶ καὶ φορτίοις διδόμενον [1]; ναυτικὸν δάνεισμα, ὃ ποιεῖταί τις ἐπὶ ὑποθήκῃ τῆς νεώς [2]. Ces témoignages,

(1) Bekker, *Anecd.*, I, p. 247.
(2) *Ibid.*, p. 283.

qui n'émanent point de juristes mais de grammairiens, n'établissent pas cependant la nécessité d'une affectation. Les auteurs de ces définitions n'ont envisagé que le cas le plus habituel, celui où il y a une chose affectée au prêt à la grosse, mais il n'en est pas moins vrai que le prêt pouvait être fait sans affectation, ainsi qu'on peut l'induire du plaidoyer de Démosthène contre Polyclès, dans lequel on ne voit nulle part que le prêt maritime consenti par le capitaine Nicippe à Apollodore ait été garanti par une sûreté quelconque [1]. Le prêt pouvait de même, et à plus forte raison, être fait pour une partie du voyage. Ainsi, dans le plaidoyer de Phormion, il serait question, mais d'après une interprétation fort contestable, d'un prêt fait pour un voyage d'aller et retour, avec affectation sur le chargement d'aller seulement [2]. On comprend du reste très bien que le droit attique n'ait point exigé une affectation quelconque, car, dans le ναυτικὸν δάνεισμα, l'emprunteur n'est point tenu seulement sur les objets soumis aux risques maritimes, et il répond sur tous ses biens du remboursement de la somme prêtée. L'engagement spécial des objets soumis aux risques de mer apparaît donc comme une sûreté accessoire qui peut faire défaut dans le prêt à la grosse comme dans un prêt ordinaire [3].

Dans notre droit actuel, « les emprunts à la grosse peuvent être affectés sur le navire et ses accessoires, sur l'armement et ses victuailles, sur le fret, sur le chargement, sur le profit espéré du chargement, sur la totalité de ces objets conjointement ou sur une partie déterminée de chacun d'eux [4] ». Le droit attique a admis une règle sem-

(1) Démosthène, *C. Polycl.*, § 17.

(2) C'est ainsi que Dareste (*Prêt à la grosse*, p. 9 et 17) entend ces mots du texte, au § 6 du plaidoyer de Démosthène contre Phormion : ἀμφοτερόπλουν ἐπὶ ἑτέρᾳ ὑποθήκῃ.

(3) Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 9 ; Sieveking, p. 19-20.

(4) Loi du 12 août 1885, art. 1, modificative de l'art. 315 du code de commerce.

blable et même, d'après certains auteurs, identique [1].

Si nous supposons d'abord que l'emprunteur ne soit pas un propriétaire de navire, mais un négociant qui a besoin d'argent pour des opérations de commerce maritime, il ne peut naturellement affecter au prêt que des marchandises, soit celles qu'il déclare avoir déjà chargées sur le navire, comme disent l'avoir fait Zénothémis et Hégestrate [2], soit celles qu'il achètera avec l'argent emprunté, comme dans le cas prévu dans le plaidoyer contre Lacritos, où le prêt est affecté sur trois mille amphores de vin qui doit être chargé à Mendé ou à Scioné [3]. Lorsque le prêt est consenti pour un voyage double (ἀμφοτερόπλουν), c'est-à-dire pour l'aller et pour le retour, l'emprunteur engage non seulement les marchandises chargées sur le navire et destinées à être vendues au port de destination, mais encore celles qu'il doit acheter dans ce port avec le prix des premières et qu'il réimportera dans le lieu d'où il était parti [4]. C'est qu'en effet, sans ce remplacement, le navire rentrerait vide au port de départ et le prêteur verrait s'évanouir son droit de gage [5].

Lorsque l'emprunteur est l'armateur du navire, il peut d'abord emprunter sur corps, suivant l'expression moderne,

(1) Le gage affecté au prêt maritime est qualifié de ναυτικόν, par opposition à celui qui est appelé ἔγγυον ou ἔγγειον et qui porte sur des immeubles. Cf. Pollux, III, 84.

(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, §§ 4 et s.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11 : καὶ ἀπάξουσι τὰ χρήματα τὰ ἐκ τοῦ Πόντου ἀντιφορτισθέντα πάλιν Ἀθήναζε ἐν τῷ αὐτῷ πλοίῳ ἅπαντα. § 23 : Ἄρατος μαρτυρεῖ δανεῖσαι Ἀπολλοδώρῳ.... ἐπὶ τῇ ἐμπορίᾳ, ἣν ἦγεν ἐν τῇ Ὑβλησίου νηῒ εἰς τὸν Πόντον, καὶ τοῖς ἐκεῖθεν ἀνταγορασθεῖσι.

(5) La même règle est admise dans notre droit moderne pour le prêt correspondant à l'ἀμφοτερόπλουν du droit attique, que l'on nomme prêt d'entrée et de sortie. Après le déchargement et la vente des marchandises d'entrée au port de destination, ce sont les marchandises de sortie, chargées en retour pour le compte de l'emprunteur, qui sont affectées au prêteur. Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 1526.

c'est-à-dire sur le navire lui-même [1]. Il est probable que le prêt sur corps affecte, à moins de clause contraire, tous les accessoires du navire, c'est-à-dire les agrès, apparaux et victuailles. Mais les accessoires du navire pourraient aussi ne pas être compris dans l'affectation ou être engagés isolément. La disposition précitée de notre loi de 1885 autorise cet engagement séparé, et il n'y a pas de raison pour qu'il en ait été autrement à Athènes, où la liberté des conventions était presque illimitée. C'est, du reste, ce que l'on peut induire d'un plaidoyer de Démosthène, où l'on voit le triérarque Apollodore prier son successeur Polyclès de lui prêter de l'argent sur les agrès d'un navire, qui seuls étaient sa propriété, tandis que le corps et la quille appartenaient à l'Etat [2]. Il est probable que le prêt sollicité par Apollodore était un prêt à la grosse [3]. Mais, à supposer même qu'il s'agisse ici d'un prêt ordinaire, le plaidoyer en question n'en montre pas moins que les Athéniens connaissaient l'usage d'affecter les agrès seuls à la sûreté d'un prêt et, dès lors, on doit admettre que cet usage pouvait être également suivi dans le prêt à la grosse.

Parmi les accessoires du navire susceptibles d'être affectés au prêt à la grosse se trouvent, dans le droit attique, les esclaves composant l'équipage. On voit, dans un plaidoyer de Démosthène [4], que ces esclaves peuvent être hypothéqués

(1) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 14 : τὴν μὲν ναῦν οἱ ἐπὶ τῇ νηῒ δεδανεικότες ἐνθένδ' εὐθέως εἶχον, τὸν δὲ σῖτον ὁ ἠγορακὼς εἶχεν. Cf. Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 1 et s. Dans le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios, § 6, il est également question d'une hypothèque sur un navire, mais la créance garantie n'avait point son origine dans un prêt maritime. Cf. de Vries, p. 37.

(2) Démosthène, *C. Polycl.*, § 55 : ἐκέλευον αὐτὸν μοι δανεῖσαι ὑποθέμενον τὰ σκεύη τῆς νεώς.

(3) Pardessus, p. 42 ; Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 10 et *Plaid. civ.*, t. II, p. 257, note 29 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fenus*, p. 1221 ; Bœckh, t. I, p. 167, note *a*. *Contra :* de Vries, p. 43, qui, tout en admettant la possibilité d'affecter séparément les agrès, ne croit pas qu'il s'agisse d'un prêt à la grosse dans le plaidoyer contre Polyclès.

(4) Démosthène, *C. Apatur.*, § 8.

pour un prêt ordinaire. Ils sont donc également susceptibles de l'être pour un prêt à la grosse [1].

Le propriétaire du navire peut, au lieu de le louer à des commerçants, se livrer lui-même à des opérations commerciales : tel est le cas de Parménisque, associé de Dionysodore qui, possesseur d'un navire, transporte des blés sur lesquels il spécule [2]. Les sommes que l'armateur emprunte à la grosse en pareil cas, pour se procurer les marchandises nécessaires à ses opérations, doivent être présumées affectées à la fois sur le navire et sur le chargement, l'affectation du navire présupposant celle du chargement. Il est vrai que, dans le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, l'emprunt contracté par ce dernier et par son associé Parménisque paraît affecté exclusivement sur le navire [3]. Mais il est probable que, si l'orateur ne parle pas de l'engagement des marchandises, c'est parce qu'il allait de soi. Il est tout naturel, en effet, quelle que soit l'espèce de contrat qui intervienne entre les parties, que les marchandises acquises avec les deniers de l'emprunteur soient affectées avant tout à la sûreté de l'emprunt. Si les parties parlent spécialement de l'engagement du navire, c'est parce que cette hypothèque du navire constituait une garantie supplémentaire, s'ajoutant à celle qui frappait les marchandises. On peut, au surplus, induire d'un autre passage du même plaidoyer, où il est question de τὰ ὑποκείμενα [4], que le prêt à la grosse était garanti à la fois par le navire et par le chargement, car cette expression ne peut guère s'appliquer au navire seul [5].

(1) Pardessus, p. 42.
(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 5 et s.
(3) *Ibid.*, § 4 : δανείζονται παρ' ἡμῶν ἐπὶ τῇ νηῒ τρισχιλίας δραχμὰς ἀμφοτερόπλουν.
(4) *Ibid.*, § 38 : ἐὰν μὴ παράσχῃς τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῆ καὶ ἀνέπαφα ἢ ἄλλο τι παρὰ τὴν συγγραφὴν ποιῇς.
(5) De Vries, p. 39.

Notre législation maritime a longtemps interdit les emprunts à la grosse sur le fret du navire. La raison principale en est que le fret ne constitue qu'une espérance et qu'il n'a ni consistance physique ni assiette sur le navire. C'est seulement depuis la loi du 10 juillet 1885 que le fret peut être affecté au prêt à la grosse. C'est une question assez délicate que de savoir si le droit attique a admis la possibilité d'affecter le fret à un prêt maritime. L'affirmative est enseignée par certains auteurs sur le fondement d'un passage du plaidoyer contre Lacritos, où l'un des témoins atteste l'existence d'un prêt maritime fait à Hyblésios sur le navire commandé par celui-ci καὶ τῷ ναύλῳ τῷ εἰς τὸν Πόντον [1]. L'orateur venait lui-même de parler de ce prêt dans des termes identiques [2]. Il est vrai, dit-on, que le mot ναῦλον, dans le droit grec, de même que le mot *fret* dans notre droit moderne, se prend dans un double sens, et signifie tantôt le prix du louage du navire [3], tantôt le chargement lui-même [4]. Il résulte toutefois du plaidoyer lui-même que le ναῦλον affecté ici au prêteur à la grosse est le fret et non le chargement. L'orateur dit, en effet, qu'Androclès a prêté sur le chargement, c'est-à-dire sur trois mille amphores de vin de Mendé [5], et qu'Antipater a prêté sur le navire et ἐπὶ τῷ ναύλῳ εἰς τὸν Πόντον. Or le ναῦλον affecté à Antipater ne peut point être le chargement déjà engagé à Androclès,

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 33 : μαρτυρεῖ εἰδέναι δανείσαντα Ἀντίπατρον χρήματα Ὑβλησίῳ εἰς τὸν Πόντον ἐπὶ τῇ νηΐ, ἣν Ὑβλήσιος ἐναυκλήρει καὶ τῷ ναύλῳ τῷ εἰς τον Πόντον.

(2) *Ibid*, § 32 : ἀλλ' ἦν ἕτερος ὁ δεδανεικὼς Ἀθήνηθεν ἐπὶ τῷ ναύλῳ τῷ εἰς τὸν Ποντον καὶ ἐπ' αὐτῷ τῷ πλοίῳ.

(3) Ainsi dans le plaidoyer de Démosthène contre Timothée, § 26, il est question du ναῦλον τῶν ξύλων, c'est-a-dire du prix de transport des bois. Le ναῦλον pris dans ce sens est, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 159), assimilé par les anciens auteurs au loyer qu'un propriétaire peut retirer de sa maison.

(4) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 2, où l'orateur dit que ses adversaires l'accusent de s'être approprié le chargement, ἡμᾶς τὸ ναῦλον σφετερίσασθαι.

(5) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10.

puisqu'il était défendu d'affecter au prêt à la grosse des objets déjà engagés à une autre personne. C'est donc bien le prix du transport du chargement qui est affecté à Antipater. On ajoute, à l'appui de cette interprétation, que le texte ne porte point simplement ἐπὶ τῷ ναύλῳ, mais bien ἐπὶ τῷ ναύλῳ εἰς τὸν Πόντον, ce qui, dit-on, montre bien qu'il s'agit non du chargement mais du prix de transport [1].

Cette argumentation ne nous paraît point décisive. Si, en effet, on considère les paroles de l'orateur qui précèdent ou suivent les textes où il est question du prêt ἐπὶ τῷ ναύλῳ, on est porté à voir dans le ναῦλον le chargement plutôt que le fret. En vain objecte-t-on que le chargement étant déjà engagé à un tiers, le prêt fait à Hyblésios ne peut plus être affecté que sur le fret. Le navire appartenant à Hyblésios et dont celui-ci était non le capitaine [2], comme on l'a dit, mais le propriétaire, était assez grand pour transporter autre chose que le vin des Phasélites. Hyblésios pouvait y avoir placé d'autres marchandises qu'il se proposait de revendre au port d'arrivée et sur lesquelles il avait contracté son emprunt. Quant aux mots εἰς τὸν Πόντον, ils ne signifient

(1) V. en ce sens : Platner, *Process*, II, p. 303 ; Schneider, *Epim. ad Xenoph. de vectig.*, III, 9, p. 180; Meier et Schœmann, *Att. Process*, 1re éd., p. 506 ; Hermann-Blümner, p. 459 ; Bœckh, t. I, p. 166 ; Büchsenschütz, p. 487 ; Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 9 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Fœnus*, p. 1221. On a encore fait valoir, à l'appui de cette opinion, deux vers de Diphile (*in* Athénée, VII, 11) ainsi conçus :

εἰς δέκ' ἐπὶ τῇ μνᾷ γεγονέναι καὶ δώδεκα
λαβὼν τὰ ναῦλα καὶ δανεί' ἐρυγγάνων

Mais voici, suivant de Vries (p. 41), la véritable interprétation qu'il convient de donner à ce texte : « Navis magister, qui uni pluribusve e vectoribus pecuniam nautico fœnore ἑτερόπλουν crediderat, salvus Byzantio Athenas advenit, quam maxime gavisus maris pericula se effugisse atque ita majores usuras nauticas esse lucratum ; accepta insuper naula jactat et, felici successu exsultens, collectas pecunias unicuique temere nautico fœnore offert. Hic est, coquus ait, hic est quem quæro. Videmus igitur a quæstione nostra de naulo oppignerato hunc locum omnino esse alienum. ».

(2) Le navire était conduit par un nommé Erasiclès. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 34.

pas nécessairement qu'il s'agisse ici du fret ; ils peuvent avoir été insérés uniquement pour désigner d'une façon plus précise la cargaison, de même que, dans la syngraphè antérieurement citée par l'orateur, on voit que le vin est affecté aux créanciers de Lacritos εἰς τὸν Βόσπορον [1]. Il est possible que le droit attique ait permis l'affectation du fret. En tout cas, le plaidoyer contre Lacritos, à notre avis, ne le démontre point d'une façon certaine [2]. On a observé, du reste, très justement que l'engagement du fret n'aurait présenté une garantie sérieuse pour le prêteur que si celui-ci avait eu une action directe contre le chargeur, de telle sorte que ce dernier aurait dû payer son fret non point au propriétaire du navire mais à ses créanciers, *in solutionem crediti*. Or il est difficile d'admettre l'existence d'une semblable action [3].

Notre loi commerciale, après avoir longtemps interdit d'emprunter à la grosse sur le profit espéré des marchandises a enfin permis cette affectation. Nous ne possédons à ce sujet aucun renseignement pour le droit attique. Si toutefois on admet la possibilité d'un ναυτικὸν δάνεισμα sur le fret, il n'y a pas de raison pour l'écarter s'il s'agit de l'affectation du profit espéré du chargement [4].

Le prêt à la grosse peut donc, en définitive, à Athènes, être affecté sur toutes sortes d'objets soumis aux risques du voyage. Rien n'empêchait d'ailleurs l'emprunteur de fournir à son créancier une garantie sur des objets non soumis aux risques du voyage, par exemple sur des immeubles ; la loi athénienne ne renfermait aucune prohibition à cet égard. Il est probable toutefois qu'en pratique l'affectation ne portait guère que sur des objets de la première espèce,

(1) Démosthène, *ibid.*, § 10.

(2) V. en ce sens : Dernburg, I, p. 72, note 26 ; de Vries, p. 40-42 ; Hitzig, p. 18 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 691, note 581 ; Sieveking, p. 20.

(3) De Vries, p. 42.

(4) De Vries, p. 42.

(5) Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 9 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 1221.

et l'on ne trouve aucun exemple certain d'affectation portant sur des immeubles ou sur d'autres objets non soumis aux risques de mer [1].

Quel que soit l'objet affecté à l'emprunt, il doit régulièrement être franc et quitte de toutes dettes antérieures, et l'emprunteur s'engage ordinairement par une déclaration solennelle à ne pas les affecter à un emprunt ultérieur [2]. Mais ces déclarations et ces promesses ne suffisaient point, paraît-il, pour prévenir les fraudes. Le plaidoyer contre Lacritos en fournit un exemple [3]. L'emprunteur qui contrevenait ainsi à la loi du contrat se rendait coupable d'une double fraude, ainsi que l'explique l'orateur. Il manque d'abord à la parole donnée au premier prêteur et s'expose de ce chef à une poursuite fondée sur le dol qu'il commet dans l'exécution du contrat. Il trompe, d'autre part, le second prêteur en lui présentant comme libres des biens qui sont déjà engagés, et il peut être également poursuivi de ce chef. Les châtiments sévères que la loi avait édictés pour punir de pareilles fraudes, et que nous indiquerons ultérieurement, n'étaient donc point suffisants pour les prévenir, et on peut douter qu'ils aient été souvent appliqués aux emprunteurs de mauvaise foi.

La valeur des objets affectés au prêt maritime dépassait ordinairement de beaucoup le montant de la somme empruntée, du moins lorsque ces objets étaient susceptibles de dépréciation ou que leur valeur était sujette à de sensibles

(1) Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 10. V. *supra*, t. III, p. 197. Le plaidoyer de Démosthène contre Phormion, § 6, parle d'un prêt à la grosse consenti par Chrysippe à Phormion pour un voyage au Pont, avec retour ἐπὶ ἑτέρᾳ ὑποθήκῃ. Mais le sens de ces mots est fort incertain. Dareste (*Plaid. civ.*, t. I, p. 295) les traduit par « avec affectation sur un chargement d'une valeur double. » Cf. les différentes interprétations de ce texte *in* de Vries, p. 50 et s.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11 : ὑποτιθέασι δὲ ταῦτα, οὐκ ὀφείλοντες ἐπὶ τούτοις ἄλλῳ οὐδενὶ οὐδὲν ἀργύριον, οὐδ'ἐπιδανείσονται. Cf. *ibid.*, § 21.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 22.

fluctuations, comme cela avait lieu pour les marchandises chargées sur le navire. Le prêteur qui voulait s'assurer le remboursement de ses deniers ainsi que le paiement du profit maritime, faisait acte de simple prudence en exigeant que l'affectation eût lieu sur des choses d'une valeur bien supérieure à la somme prêtée. Nous en avons plusieurs exemples dans les plaidoyers de Démosthène. Ainsi Androclès prête trente mines sur trois mille amphores de vin d'une valeur suffisante, dit-il, pour garantir encore un autre emprunt de trente mines [1]. Chrysippe fait de même à Phormion un prêt de vingt mines avec affectation sur un chargement d'une valeur double et, aux termes de l'acte, il doit être chargé sur le navire des marchandises d'une valeur de quatre mille drachmes [2]. Mais Phormion, voulant frauder Chrysippe, emprunte à d'autres personnes sur le même chargement une nouvelle somme de cinq mille cinq cents drachmes. Or Démosthène observe que, pour cet emprunt total de soixante-quinze mines, Phormion aurait acheté des marchandises pour cent quinze mines, si l'on adopte le texte vulgaire, ou même pour cent cinquante mines, si l'on admet une correction proposée par Reiske, la valeur du gage étant alors, dans cette seconde hypothèse, exactement du double de la somme empruntée. Faut-il en conclure que c'était un usage suivi à Athènes d'exiger que la valeur des choses affectées fût double du montant du capital prêté ? On l'a prétendu [3]. Toutefois, à notre avis, les exemples que l'on a cités en ce sens ne nous paraissent pas suffisants pour établir l'existence de cet usage. Le cas de Phormion est, du

(1) *Ibid.*, § 18 : πρῶτον μὲν γὰρ γέγραπται ὅτι ἐπ' οἴνου κεραμίοις τρισχιλίοις ἐδανείζοντο παρ' ἡμῶν τὰς τριάκοντα μνᾶς, ὡς ὑπαρχούσης αὐτοῖς ὑποθήκης ἑτέρων τριάκοντα μνῶν. Le sens de ce passage est toutefois controversé. Cf. de Vries, p. 47.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 6. Quel que soit le sens des mots ἐπὶ ἑτέρᾳ ὑποθήκῃ, il est certain que l'emprunteur devait ici fournir un gage de quatre mille drachmes pour un prêt de deux mille drachmes.

(3) Pardessus, p. 43. Cf. Bœckh, I, p. 168-169.

reste, contestable, puisque pour arriver à un gage double on est obligé de faire subir une correction au texte, tandis que le chiffre de 75 mines peut, dans une autre interprétation, correspondre exactement aux sommes dues par l'emprunteur [1]. De plus, si l'on songe que les deniers prêtés servent précisément à l'emprunteur à acheter les marchandises sur lesquelles il se propose de spéculer, on comprend qu'il lui serait le plus souvent impossible de fournir à son créancier un gage d'une valeur double du montant du capital prêté. Aussi lit-on dans le plaidoyer contre Zénothémis que Protos, qui avait fait un emprunt à la grosse sur du blé qu'il devait importer de Sicile à Athènes, voyant le prix du blé baisser sur le marché athénien, abandonna les marchandises à un tiers, car il craignait non seulement de ne faire aucun bénéfice, mais même de ne pouvoir rembourser le prêt avec le prix de vente de ce blé. Or si les créanciers de Protos avaient exigé un gage d'une valeur deux fois plus forte que le montant du prêt, une diminution, même sensible, dans le cours du blé n'aurait pas mis Protos dans l'impossibilité de rembourser ses prêteurs avec le prix de la vente de ses marchandises à Athènes. Il ne devait donc pas y avoir de règle fixe à cet égard. Le créancier cherchait naturellement à se procurer un gage aussi considérable que possible, mais il pouvait aussi se prémunir contre son insuffisance relative en exigeant des sûretés personnelles [2].

Au surplus, le gage n'était certainement point aussi élevé

(1) Suivant Dareste (*Plaid. civ.*, t. I, p. 310, note 8), si l'orateur cite le chiffre de 115 mines tandis que le capital emprunté paraît s'élever seulement à 75, c'est qu'il faut ajouter à cette dernière somme d'abord 20 mines pour la double affectation due à Chrysippe, et ensuite 320 autres mines pour le profit maritime des 75, calculé à 30 pour 100 pour le prêt de Chrysippe, et à 25 pour 100 pour les autres prêts.

(2) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 353; de Vries, p. 47-50; Caillemer, *loc. cit.*, p. 1221; Büchsenschütz, p. 488; Dareste, *Plaid.*, *civ.*, t. I, p. 310, note 6.

qu'on le prétend lorsque le prêt était affecté non plus sur des marchandises mais sur le navire lui-même, moins exposé évidemment à une prompte dépréciation. Ainsi Apatourios avait emprunté quarante mines sur un navire dont la vente produisit exactement cette même somme de quarante mines [1], de sorte qu'il y avait ici égalité parfaite entre la valeur du gage et le montant de la somme prêtée [2].

C. — *Risques de mer.* — Le contrat de prêt à la grosse suppose nécessairement qu'il y a des risques maritimes auxquels les choses sur lesquelles ce prêt est fait sont exposées, puisque par ce contrat le prêteur en est chargé pour un certain prix. La créance de ce dernier est donc subordonnée au sort de l'argent prêté ou des marchandises que l'emprunteur a achetées avec cet argent.

Le prêteur n'est tenu toutefois que des risques maritimes et ne répond pas de ce que nous nommons les risques de terre [3]. Les risques ne sont donc point à sa charge à partir du moment même où il a fourni les deniers, mais seulement lorsque le navire affecté ou qui doit transporter le chargement affecté prend la mer. Si le prêt est consenti pour un voyage simple (ἑτερόπλουν δανείζειν) [4], le temps des risques court, en principe, du jour où le navire met à la voile jusqu'au jour où il arrive au port de destination. Si le prêt est fait pour un voyage double (ἀμφοτερόπλουν δανείζειν) [5], c'est-à-dire pour l'aller et le retour, le risque ne prend fin qu'au retour du navire à son port de départ. Le contrat à la grosse peut également être fait, dans notre droit moderne,

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 12.

(2) Cf. de Vries, Büchsenschütz et Caillemer, *loc. cit.*

(3) Ainsi dans le plaidoyer contre Phormion (§ 33) l'orateur dit que si les deniers prêtés ou les marchandises demeurent à terre, le prêteur n'a aucune part à supporter dans le dommage si le navire désigné dans le contrat fait naufrage.

(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 29.

(5) Démosthène, *C. Phorm.*, § 8. Cf. Suidas, v° ἀμφοτερόπλουν ; Pollux, VIII, 141.

pour un temps limité ou pour un voyage entier avec désignation ou limitation de temps. Mais nous ne trouvons pas d'exemple de ce genre dans les sources grecques.

Au surplus, le lieu et le temps des risques, et, d'une manière générale, les obligations réciproques du prêteur et de l'emprunteur étaient ordinairement réglées par le contrat d'une manière très minutieuse, et nous aurons à revenir sur ce point en exposant les obligations nées du contrat [1].

D. — *Profit maritime.* — Le prêt à la grosse suppose un dernier élément, le profit maritime, c'est-à-dire une somme que l'emprunteur s'oblige à payer en sus du capital prêté, en cas d'heureuse arrivée, pour le prix des risques dont s'est chargé le prêteur. Etant ainsi donné le prix des risques, le profit maritime varie avec leur étendue plus ou moins grande. Il s'augmente aussi spécialement, à Athènes, en raison du peu de confiance qu'inspiraient en général les individus qui empruntaient de l'argent pour des spéculations maritimes, et dont les plaidoyers de Démosthène font un portrait peu flatteur.

Dans le droit attique, le taux du profit maritime ou des τόκοι ναυτικοί est illimité, comme celui des intérêts dans le prêt ordinaire, et il est, en général, beaucoup plus élevé que celui des τόκοι ἔγγειοι. Il pouvait, a-t-on dit, être stipulé à tant par mois ou par jour [2]. Rien ne s'y opposait, sans doute, mais le plus souvent, ainsi que le montrent les plaidoyers que nous possédons, il était d'une somme fixe plus ou moins considérable, suivant le lieu, le temps et la durée de la navigation. Ainsi pour un voyage de courte durée, de l'Hellespont à Athènes, on voit un prêt fait au denier huit [3]. Pour de plus longues traversées, le taux monte jusqu'à jusqu'à 25 et 30 pour 100 [4]. On a prétendu que le taux

(1) V. *infra*, p. 298.
(2) Petit, *Leg. att.*, liv. V, t. 4.
(3) Démosthène, *C. Polycl.*, § 17.
(4) Démosthène, *C. Phorm.*, § 23; *C. Lacrit.*, § 10.

du profit maritime était, dans le droit grec, relativement moins élevé que dans le droit romain, et qu'on peut l'évaluer de 22 1/2 à 30 pour 100 pour une année de dix mois [1]. Mais toute généralisation à cet égard nous semble arbitraire [2]. On peut seulement supposer, d'après un passage de Xénophon [3], que l'on prêtait assez souvent à la grosse au denier cinq et même au denier trois [4].

Les τόκοι ναυτικοί, qui diffèrent ainsi des τόκοι ἔγγειοι non seulement par leur taux, mais aussi, comme nous l'avons précédemment observé, par leur caractère [5], s'en distinguent encore à un autre point de vue, c'est-à-dire quant au mode de payement. Les intérêts terrestres sont payables, en principe, à des échéances périodiques, par mois ou par année. Les intérêts maritimes, au contraire, se paient en une fois et en même temps que le capital lui-même est remboursé [6].

3° *Effets du prêt à la grosse.*

Les effets du prêt à la grosse consistent dans les obligations de l'emprunteur. Ces obligations se résument dans celle d'exécuter les stipulations du contrat, stipulations qui sont d'ordinaire très explicites, autant qu'on peut en juger par la syngraphè insérée dans le plaidoyer contre Lacritos. La principale obligation de l'emprunteur est celle de rembourser le capital et de payer le profit maritime. Mais il en est d'autres dont parlent les discours des orateurs et dont

(1) Büchel, *Des gesetzliche Zinsmaximum beim fœnus nauticum*, p. 25, note 48.

(2) Hérault (*Obs.*, p. 155) observe à propos de l'évaluation des intérêts à tant par an : « Usuram stipulantur creditores non in certum tempus, sed plane incertum, nempe ubi navis salva redierit, eamque non stipulantur uniformem sed, pro navigationis diversitate, diversam. »

(3) Xénophon, *Vectig.*, 3, 7-14.

(4) Cf. Sievcking, p. 17 ; Bœckh, t. I, p. 170-174.

(5) *Supra*, p. 273.

(6) V. *infra*, p. 304.

nous devons exposer la portée, d'après ces sources, avant de parler du paiement de la dette, capital et intérêts.

En cas de prêt sur marchandises, ce qui est du reste le cas le plus fréquent à Athènes, l'emprunteur est tenu de charger sur le navire désigné au contrat des effets jusqu'à concurrence de la somme empruntée, ou même ordinairement d'une plus forte somme, ainsi que nous l'avons vu, suivant les conventions. La syngraphè renferme habituellement une clause spéciale à cet égard [1]. Les marchandises doivent quelquefois être chargées non point au port de départ, mais dans un port d'échelle. Ainsi dans la syngraphè du plaidoyer contre Lacritos, le prêt est affecté sur trois mille amphores de vin qui doivent être chargées en route, à Mendé [2]. Enfin, en cas de prêt consenti pour un voyage d'aller et retour, l'emprunteur doit au port de destination remplacer les marchandises qu'il y vend par d'autres achetées en ce lieu et destinées à être réimportées dans le port de départ [3].

La sanction de cette obligation de l'emprunteur, c'est que s'il ne justifie pas d'avoir chargé sur le navire les marchandises convenues, il n'est point libéré par la perte du navire et du chargement de son obligation de rembourser les deniers prêtés augmentés du profit maritime : en d'autres termes, le prêteur ne supporte plus les risques. C'est ce que prouve notamment le plaidoyer contre Lacritos, où l'action dirigée contre ce dernier est fondée notamment sur ce fait que, lors du naufrage du navire entre Panticapée et

(1) Cf. Démosthène, *C. Phorm.*, § 33 : ἡ συγγραφὴ κελεύει ἐνθέσθαι τἀγοράσματα εἰς τὴν ναῦν.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10 : ἐπὶ οἴνου κεραμίοις Μενδαίοις τρισχιλίοις, ὃς πλευσεῖται ἐκ Μένδης.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11 : καὶ ἀπάξουσι τὰ χρήματα, τὰ ἐκ τοῦ Πόντου ἀντιφορτισθέντα, πάλιν Ἀθήναζε ἐν τῷ αὐτῷ πλοίῳ ἅπαντα. — Suivant Dareste (*Prêt à la grosse*, p. 11), l'emprunteur est tenu de charger les marchandises convenues alors même qu'elles ne sont pas affectées à l'emprunt et qu'elles servent seulement d'aliment au risque.

Théodosie, les marchandises affectées dans le contrat ne se trouvaient point sur le navire naufragé [1].

En cas de prêt pour un voyage d'aller et retour, les marchandises achetées au port de destination pour être réimportées au port de départ doivent, en principe, être chargées sur le même navire qui a fait le voyage d'aller. Mais il pouvait arriver que les marchandises apportées par ce navire ne se vendissent point facilement au port de destination, ἄπρατος ἦν ὁ ῥῶπος, auquel cas l'emprunteur ne pouvait se procurer par leur réalisation l'argent nécessaire pour l'achat du chargement de retour. En pareille hypothèse, l'usage était que le capitaine revînt au port de départ sans le chargeur. Celui-ci restait pour écouler ses marchandises, et était alors obligé, aussitôt après les avoir vendues, de revenir à Athènes soit avec de nouvelles marchandises, soit avec le prix de vente des premières. C'est probablement à une hypothèse de ce genre que fait allusion une clause de la syngraphè du plaidoyer contre Lacritos [2].

L'intérêt capital que présente pour l'emprunteur ce fait du chargement sur le navire des marchandises affectées au prêt, fait qu'il devait s'en assurer une preuve certaine. Aussi, dans son plaidoyer contre Phormion, Démosthène nous dit-il que, en général, ceux qui ont emprunté à la grosse pour un voyage d'aller et retour, au moment de quitter la place où ils se sont rendus, appellent des témoins en grand nombre pour certifier que « les marchandises sont désormais aux risques du prêteur », et l'orateur reproche à son adversaire de n'invoquer à l'appui de son dire qu'un seul témoi-

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, §§ 30 et s. Cf. Dareste, *loc. cit.*; Sieveking, p. 13.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13 : ἐὰν δέ τι ἡ ναῦς πάθῃ ἀνήκεστον, ἐν ᾗ ἂν πλέῃ τὰ χρήματα. De Vries (p. 58) dit a ce sujet : « Ubi particula ἂν eam vim habet, ut sit : in quocumque vehantur navigio ; non universe si pereat illud, quo, Hyblesio magistro agente, proficiscantur merces, sed tantum si illud ipsum pereat, quod merces e Ponto advecturum esset. »

gnage, celui d'un complice [1]. Les formalités ainsi usitées pour le chargement de retour devaient l'être également pour le chargement d'aller. Le prêteur pouvait, de son côté, recourir à la preuve testimoniale pour établir que l'emprunteur n'avait pas chargé sur le navire les marchandises convenues [2]. Les parties avaient, le cas échéant, un autre élément de preuve dans les registres tenus par les receveurs des ports et où était constatée la perception du droit payé par les marchandises à l'entrée et à la sortie [3].

Les plaidoyers de Démosthène nous apprennent que souvent les emprunteurs étaient loin de remplir leurs engagements sur le point qui nous occupe. Ainsi Phormion qui, pour satisfaire tous ses créanciers, aurait dû charger des marchandises pour une valeur de cent quinze mines, n'en mit que pour une somme de cinquante-cinq mines [4]. De même, les frères de Lacritos n'ont chargé sur le navire que cinq cents amphores de vin au lieu des trois mille auxquelles ils étaient tenus d'après le contrat [5]. Hégestrate et Zénothémis ont commis une fraude plus grave encore en empruntant sur des marchandises qui, bien que chargées sur le navire, ne leur appartenaient pas [6]. Une autre fraude commise par le chargeur

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 28 : πολλοὺς παρίστανται ἐπιμαρτυρόμενοι ὅτι τὰ χρήματα ἤδη κινδυνεύεται τῷ δανείσαντι.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 34 : ἐπειδὴ δὲ τοῦτο ἐκ πολλῶν ἔμελλεν ἐξελεγχθήσεσθαι ψευδόμενος, ἔκ τε τῆς ἀπογραφῆς τῆς ἐν Βοσπόρῳ παρὰ τοῖς ἐλλιμενισταῖς, καὶ ὑπὸ τῶν ἐν τῷ ἐμπορίῳ ἐπιδημούντων κατὰ τὸν αὐτὸν χρόνον.

(3) Ces receveurs se nommaient à Athènes πεντηκοστόλογοι, le droit étant de 2 pour 100 ou d'un cinquantième. Démosthène, *C. Phorm.*, § 7 ; *C. Lacrit.*, § 30 : οὐδ' ὁτιοῦν εὑρίσκομεν.... πεπεντηκοστευμένον ἐπὶ τῷ ὀνόματι τούτων. Ces fonctionnaires se nommaient sur le Bosphore ἐλλιμενισταί. Démosthène, *C. Phorm.*, § 34, *supra* note 2. Le registre des receveurs des ports servait aussi, à l'occasion, pour résoudre la question de savoir à qui appartenait la propriété du chargement, car le droit était payé par le propriétaire des marchandises et la perception inscrite à son nom sur le registre. Démosthène, *C. Zenoth.*, § 18. Cf. de Vries, p. 61-62.

(4) Démosthène, *C. Phorm.*, §§ 6, 7.

(5) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 19.

(6) Démosthène, *C. Zenoth.*, §§ 1 et s.

consistait à vendre en cours de route les marchandises qu'il devait ramener au port de départ. C'est une fraude de ce genre qui est reprochée à Lampis dans le plaidoyer contre Phormion [1].

L'obligation de l'emprunteur de charger sur le navire les marchandises convenues peut être considérée comme un corollaire de l'obligation plus générale d'employer les deniers prêtés conformément aux stipulations du contrat. On s'est demandé, à cet égard, si l'emprunteur pouvait changer la destination des deniers prêtés, ou du moins de ceux qui, dans certains cas, doivent revenir au prêteur pour le couvrir de sa créance. Le cas est discuté dans le plaidoyer contre Lacritos. On avait sauvé dans le naufrage du navire, dont la cargaison était affectée à Androclès, une somme de cent statères d'or, qui devait revenir au prêteur soit en espèces, soit du moins sous la forme d'un chargement de retour que l'emprunteur aurait acheté avec cette somme et renvoyé à Athènes avec un autre navire. Mais au lieu d'agir ainsi, suivant les prescriptions de la syngraphè, du moins au dire d'Androclès, Artémon l'emprunteur prête lui-même cette somme à la grosse sur un autre navire. Il semble bien, si l'on s'en tient au plaidoyer d'Androclès, que la conduite de l'emprunteur ait été irrégulière. « L'acte, dit-il, prescrit à nos adversaires d'employer le prix de leur chargement à acheter un chargement de retour qu'ils rapporteront à Athènes ; il ne les autorise nullement à prêter nos fonds à qui ils voudront, dans le Pont. Ils doivent mettre à notre disposition le gage intact jusqu'à ce que nous ayons reçu le remboursement des sommes prêtées... Aux termes du contrat, rien ne doit prévaloir sur ce qui est écrit, et il n'est permis d'alléguer ni loi, ni décret, ni quoi que ce soit contre la convention » [2]. Il n'est point indifférent, en effet, au cré-

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, §§ 33 et s. Cf. de Vries, p. 62.
(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, §§ 37, 38 (trad. Dareste).

ancier, que ses deniers soient employés d'une manière ou d'une autre, et les risques qui sont attachés pour lui à la personne et aux marchandises du débiteur avec qui il a contracté ne peuvent pas être augmentés contre son gré par la remise à un tiers inconnu des sommes qui doivent lui revenir [1]. Dareste [2] estime cependant que, dans l'espèce, la conduite de l'emprunteur Artémon ne pouvait être critiquée : « La somme sauvée du naufrage, dit-il, appartenait à Artémon, qui en était seulement débiteur envers Androclès. Or, pour payer Androclès, il fallait bien envoyer cette somme à Athènes, sur quelque navire, en espèces ou en marchandises, car on ne connaissait pas encore l'usage des lettres de change. Si le navire venait à périr, l'emprunteur était libéré. Mais, au lieu d'envoyer la somme en espèces et de payer pour cet envoi un fret considérable, ne valait-il pas mieux la prêter à la grosse au capitaine ou à un des chargeurs ? La chose était d'autant plus facile que le prêt à la grosse pouvait se faire sans affectation. Dans le cas dont nous parlons, on peut supposer, ou que les fonds prêtés par Androclès étaient renvoyés ainsi sans affectation, ou que la créance résultant du second prêt à la grosse fait au capitaine par Artémon constituait l'affectation. Au surplus, Androclès semble reconnaître lui-même qu'Artémon a pu prêter à la grosse les fonds provenant de la vente du chargement d'aller, et que, s'il les avait prêtés, il aurait été libéré par le naufrage. Il dit, en effet, que le naufrage n'a pas libéré Artémon, parce qu'Artémon n'avait aucun intérêt sur ce navire, ni comme chargeur, ni comme prêteur » [2].

Une autre obligation de l'emprunteur est de ne pas exposer les objets affectés en dehors des lieux désignés au contrat. Le droit attique suit, ce point, le principe, reçu du reste dans toutes les législations qui ont admis le prêt mari-

(1) Cf. en ce sens Sieveking, p. 14.
(2) Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 19.

time, que l'emprunteur ne répond point des pertes survenues hors des lieux indiqués dans la convention. Il y aurait là, en effet, une augmentation de risques dont il ne se serait peut-être pas chargé s'il avait pu la prévoir ou dont, en tout cas, il n'aurait assumé la responsabilité que moyennant un profit plus élevé. La syngraphè ne manque point, en conséquence, de désigner tout au moins le port de départ et celui de destination. Ainsi Chrysippe prête de l'argent à Phormion pour un voyage au Pont avec retour au Pirée [1]. Protos emprunte pour un voyage du Pirée à Syracuse et retour au Pirée [2]. Dionysodore pour un voyage d'Athènes en Egypte avec retour à Athènes [3]. Quelquefois le contrat détermine avec plus de précision la route à suivre et fixe les ports d'échelle. Ainsi dans la syngraphè du plaidoyer contre Lacritos, les emprunteurs doivent d'abord diriger le navire sur Mendé ou Scioné et de là au Bosphore [4]. Une certaine latitude peut toutefois être laissée à l'emprunteur. Ainsi cette même syngraphè l'autorise à aller, s'il le veut, « jusqu'au Borysthène en longeant la côte à gauche ».

L'augmentation des risques pouvant provenir non seulement du lieu, mais encore de l'époque du voyage, le contrat détermine quelquefois cette époque. La même syngraphè stipule que si le voyage n'est pas effectué avant le lever de l'arcture, c'est-à-dire vers le 20 septembre, le profit maritime sera élevé de 225 drachmes à 300 drachmes par 1000. Il porte également que si les emprunteurs n'entrent pas dans le Pont-Euxin, ils feront relâche dans l'Hellespont pendant les dix jours après la canicule, c'est-à-dire du

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 6 : ἀμφοτερόπλουν εἰς τὸν Πόντον.

(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, *passim.*

(3) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 3. Darios reproche, en conséquence, à Dionysodore d'avoir, au retour, dirigé le navire sur Rhodes et détourné le chargement vers une destination nouvelle au mépris du contrat.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10 : εἰς Μένδην ἢ Σκιώνην καὶ ἐντεῦθεν εἰς Βόσπορον, ἐὰν δὲ βούλωνται τῆς ἐπ' ἀριστερὰ μέχρι Βορυσθένους, καὶ πάλιν Ἀθήναζε.

25 juillet au 5 août, en raison de la fréquence des tempêtes à ce moment de l'année. Les marchandises doivent alors être mises à terre, mais en un lieu sûr et contre lequel les Athéniens n'ont pas de représailles à exercer [1].

En cas d'accident survenu en cours de route, les créanciers doivent en être informés. C'est ce que l'on peut induire du plaidoyer contre Zénothémis. On y lit que Protos, faisant route de Sicile à Athènes et ayant dû relâcher à Céphallénie, où Zénothémis, capitaine du navire, voulait obtenir des magistrats locaux l'autorisation de rompre le voyage, les banquiers athéniens qui avaient fourni à Protos les fonds nécessaires pour ses opérations sur les blés, furent informés de cette difficulté et, en conséquence, envoyèrent à Céphallénie un agent avec des instructions spéciales [2]. Cette nouvelle fut-elle communiquée aux banquiers par Protos ? Le texte ne le dit pas, mais on peut le supposer [3].

La principale obligation de l'emprunteur consiste à rembourser les deniers prêtés augmentés du profit maritime. Mais cette obligation ne lui incombe, comme nous l'avons indiqué en donnant la définition du ναυτικὸν δάνεισμα, que si les objets affectés au prêt arrivent heureusement au port de destination. Cette proposition se trouve, du reste, formellement exprimée dans la syngraphè. Comme le dit l'orateur du plaidoyer contre Phormion : λέγει δ'ὡς ἡ συγγραφὴ σωθείσης τῆς νεὼς αὐτὸν ἀποδοῦναι κελεύει τὰ χρήματα [4]. Donc, *a contrario*, lorsque la chose affectée au prêt périt par l'effet des

(1) *Ibid.*, §§ 10, 13.

(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 14.

(3) Cf. de Vries, p. 65-66.

(4) Démosthène, *C. Phorm.*, § 33. Cf. *C. Zenoth.*, § 5 : οὐσῶν δὲ τῶν συγγραφῶν, ὥσπερ εἰώθασιν ἅπασαι, σωθείσης τῆς νεὼς ἀποδοῦναι τὰ χρήματα. *C. Lacrit.*, § 11 : σωθέντων δὲ τῶν χρημάτων Ἀθήναζε ἀποδώσουσιν οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείσασι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν κτλ. De même, dans le plaidoyer de Démosthène contre Polyclès, où l'on voit Apollodore ναυτικὸν ἀνελέσθαι pour se procurer des matelots, on retrouve la même formule : σωθέντος δὲ τοῦ πλοίου Ἀθήναζε ἀποδοῦναι αὐτὸ καὶ τοὺς τόκους. Cf. de Vries, p. 69.

risques dont le prêteur est responsable, l'emprunteur est dégagé de toute obligation aussi bien pour les intérêts que pour le capital. Aussi Phormion, après le naufrage du navire commandé par Lampis et sur lequel il avait chargé les marchandises achetées avec les deniers fournis par Chrysippe et son frère, allègue-t-il que cet accident le dégage de toute obligation envers ses prêteurs : πεποιηκέναι γὰρ οὐδὲν ἔξω τῶν ἐν τῇ συγγραφῇ γεγραμμένων [1]. Si toutefois Phormion se prétend libéré, c'est, dit-il, parce qu'il n'a rien fait en contravention des dispositions de la syngraphè, affirmation contredite du reste par son adversaire. Mais on doit en conclure *a contrario* que si la perte du navire ou des marchandises n'est pas imputable exclusivement à un risque de mer, mais est due, en tout ou en partie, à la faute de l'emprunteur, celui-ci n'est pas libéré. C'est précisément de ce chef que Darios attaque Dionysodore en l'accusant d'avoir fait relâcher le navire à Rhodes, alors que le prêt avait été consenti expressément pour un voyage d'Athènes en Egypte avec retour direct [2].

L'emprunteur n'est pas non plus libéré par la perte du navire, survenue même sans sa faute, lorsqu'il n'a pas chargé sur le navire les marchandises convenues, car, ainsi que nous l'avons vu, la charge des risques n'incombe au créancier qu'à partir du moment où les choses affectées au prêt commencent à naviguer [3].

La libération de l'emprunteur peut faire quelque doute dans l'hypothèse suivante. On suppose qu'un capitaine, voulant réaliser des bénéfices par le transport de marchandises, emprunte de l'argent en affectant au prêt le navire seul. Celui-ci périt pendant le voyage sans la faute du débiteur, mais le chargement qu'il portait peut être sauvé. En droit strict, le débiteur paraît devoir être libéré, puisque la

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 3.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 41 et s.

(3) V. *supra*, p. 291.

chose affectée a péri par un accident de mer. Toutefois, comme l'observe de Vries [1], il répugne à l'équité que le créancier ne reçoive absolument rien quand les marchandises sont sauvées, et l'on pourrait admettre que le chargement est substitué au navire dans son affectation au prêt.

Nous avons supposé jusqu'à présent une perte des choses affectées au prêt. Il s'agit de savoir comment va se régler la situation en cas de perte partielle. Plusieurs opinions ont été proposées sur ce point. Dans l'une, on limite la responsabilité de l'emprunteur à la valeur de ce qui a été sauvé [2]. Dans une autre, cette responsabilité subsiste suivant la proportion qui existe entre la valeur des objets perdus et celle des objets sauvés [3]. Sieveking [4] estime, avec plus de raison, selon nous, qu'on ne peut admettre aucune de ces deux opinions d'une manière aussi absolue. La question des pertes partielles était réglée ordinairement par le contrat même, et la syngraphè de Lacritos nous a conservé à cet égard deux clauses dont nous allons indiquer la portée et qui pouvaient évidemment se rencontrer dans d'autres contrats.

D'après la première de ces clauses, les emprunteurs doivent payer aux prêteurs la somme due aux termes du contrat, dans les vingt jours de l'arrivée à Athènes, « sans autre déduction que celle du jet, pour le cas où des marchandises auront été jetées à la mer, par décision des passagers délibérant en commun, et celle des rançons qui pourront être payées aux ennemis [5]. » Le prêteur à la grosse contribue donc aux avaries que l'on nomme communes [6].

(1) De Vries, p. 83.

(2) Huschke, *Die Lehre des rœm. Rechts vom Darlehen*, p. 229.

(3) Schrœder, *in Endemann's Handbuch des Handelsrechts*, t. IV, p. 237, note 12.

(4) Sieveking, p. 15.

(5) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11 : πλὴν ἐκβολῆς, ἣν ἂν οἱ σύμπλοι ψηφισάμενοι κοινῇ ἐκβάλωνται, καὶ ἄν τι πολεμίοις ἀποτίσωσιν, τῶν δ'ἄλλων ἁπάντων ἐντελές.

(6) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 276 ; Sieveking, p. 15 ; Pardessus, p. 45.

On doit également supposer qu'il supporte, à la décharge de l'emprunteur, les avaries particulières [1].

La seconde clause insérée dans la syngraphè est beaucoup moins claire. Elle porte, dans la version usuelle : ἐὰν δέ τι ἡ ναῦς πάθῃ ἀνήκεστον, ἐν ᾗ ἂν πλέῃ τὰ χρήματα, σωτηρία δ'ἔσται τῶν ὑποκειμένων· τὰ περιγενόμενα κοινὰ ἔστω τοῖς δανείσασιν [2]. Il s'agit ici évidemment du cas assez fréquent où le prêt a été affecté simultanément sur le navire et sur le chargement. Le navire a péri, mais les marchandises ont été sauvées en partie. De Vries [3], adoptant l'interprétation de Reiske, enseigne que la perte du navire a pour effet d'éteindre l'affectation, et que le droit du créancier ne peut s'exercer que sur les objets sauvés. Pardessus s'exprime à peu près dans le même sens en disant que « le droit des créanciers sera limité aux effets qui auront échappé [4]. » Sieveking [5] objecte, avec raison, à l'interprétation proposée par de Vries, que le mot σωτηρία ne peut point signifier « libération de l'affectation ». On ne voit, en effet, aucune raison pour déclarer éteint le gage du créancier, puisque sa créance subsiste, car son droit n'est point subordonné à l'heureuse arrivée du navire à Athènes, mais bien à l'arrivée des marchandises, σωθέντων τῶν χρημάτων Ἀθήναζε ἀποδώσουσιν οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείσασι κτλ [6]. Sieveking propose, en conséquence, de traduire de la manière suivante la clause en question : « Mais s'il arrive un accident au navire qui transporte la cargaison (puisse-t-elle être sauvée), alors ceux des effets affectés qui pourront être sauvés appar-

(1) Dareste et Pardessus, *loc. cit.*

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13.

(3) De Vries, p. 84 : « Si perierit navis in qua merces vehantur, res creditoribus obligatæ liberæ sunto. Et recte quidem ; illud enim sine maximo mercium detrimento evenire vix poterat, quæ nisi salvæ Athenas advenissent, nihil debebatur ; quum autem nihil deberetur, cessabat, uti par est, rerum oppigneratarum obligatio. » L'opinion de cet auteur n'apparaît point très nettement.

(4) Pardessus, p. 47.

(5) Sieveking, p. 16.

(6) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11.

tiendront en commun aux prêteurs [1]. » Cette interprétation nous paraît fort plausible, et il n'y a rien de singulier à voir dans les mots σωτηρία δ'ἔσται une phrase incidente intercalée, car cette manière de parler se rencontre dans d'autres actes grecs, notamment dans les testaments [2] [3].

Dans le cas d'heureuse arrivée, c'est-à-dire lorsque les choses affectées au prêt ont complètement échappé aux risques dont le prêteur est responsable, l'emprunteur doit

(1) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 319, traduit ainsi : « En cas d'accident arrivé au navire sur lequel seront transportées les marchandises, on s'efforcera de sauver les marchandises affectées à l'emprunt, et le produit du sauvetage appartiendra par indivis aux prêteurs. »

(2) Tel est notamment le testament d'Aristote précédemment expliqué (t. II, p. 62, note 1), où on lit : ἐὰν δέ τι πρότερον συμβῇ Νικάνορι, ὃ μὴ γένοιτο, κτλ.

(3) Certains auteurs (Selden, *Mare clausum*, liv. I, c. 24, 25 ; Gryphiand, *De insulis*, c. XXXI, § 106 ; de Pastoret, *Hist. de la législat.*, t. VII, p. 245) ont enseigné, sur le fondement de quelques lois dont le texte est relaté d'une manière assez vague par des rhéteurs de beaucoup postérieurs à J.-C. (Curius Fortunatus, *Rhetor.*, lib. I ; Sopater et Syrianus, *in Hermogen*, p. 107) qu'en Grèce le fisc s'attribuait la propriété des objets échoués à la suite d'un naufrage. Mais ces lois, à supposer qu'elles n'aient pas seulement existé dans l'imagination de ceux qui les rapportent, inventeurs de lieux communs de rhétorique, se bornaient vraisemblement à décider que si l'on ne connaissait point le propriétaire des objets naufragés, le fisc avait un droit de préférence sur les particuliers qui les avaient recueillis au bord du rivage. Si le droit absolu que l'on voudrait attribuer au fisc, même dans le cas où le propriétaire des épaves serait connu, avait réellement existé, Démosthène et les autres orateurs n'auraient pas manqué d'y faire allusion dans les plaidoyers où ils parlent de pertes arrivées par la tempête. Nulle part on ne voit un mot laissant supposer que le fisc s'emparât des effets naufragés, et cependant c'est là une considération que n'auraient pas manqué de faire valoir les emprunteurs à la grosse, lorsqu'ils excipaient contre les prêteurs de la perte des choses chargées aux risques de ces derniers. Bien au contraire, l'acte de prêt relaté dans le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos stipule formellement qu'en cas de force majeure le droit des créanciers sera limité aux marchandises sauvées (Démosthène, *C. Lacrit.*, § 13), ce qui laisse supposer que le fisc ne s'en emparait point. De plus Xénophon, lorsqu'il énumère dans son traité des *Revenus d'Athènes* les différentes sources de revenus du fisc, ne dit pas un mot de celle qui nous occupe. C'est donc que le droit de naufrage n'était point admis au profit de l'Etat, du moins pour les objets qui ne pouvaient pas être considérés comme vacants et sans maîtres. Cf. en ce sens : Pardessus, *Lois maritimes*, t. I, p. 48.

restituer le capital et payer le profit maritime. Il faut distinguer, en ce qui concerne l'exécution de cette obligation, suivant que le prêt est consenti pour un voyage simple ou pour un voyage d'aller et retour. Dans le premier cas, le paiement doit régulièrement avoir lieu dans le port d'arrivée. Le sort ultérieur du navire ne concerne plus le prêteur, et la perte du navire dans le voyage de retour ne lui enlève point son droit à la restitution du capital et au paiement du profit maritime [1]. Si maintenant le prêt a été fait pour un voyage d'aller et retour (ἀμφοτερόπλουν), l'emprunteur ne peut être tenu de ces obligations que si le navire est revenu au port de départ après avoir heureusemen accompli son double voyage [2].

S'il ne peut guère y avoir de difficulté en ce qui concerne la restitution du capital [3], certaines questions peuvent s'élever au contraire relativement au paiement du profit maritime. Si, par exemple, le prêt a été consenti pour un voyage d'aller et retour, le prêteur a-t-il droit à l'entier profit malgré le défaut de retour du navire ? C'est là une question qui avait été diversement résolue par les auteurs dans notre ancienne jurisprudence française et pour la solution de laquelle nous ne trouvons aucun renseignement direct dans les sources grecques. Le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore traite cependant d'une difficulté de ce genre. Darios et Pamphile avaient prêté trois mille drachmes à Dionysodore et Parménisque sur corps et quille de leur navire pour un voyage d'Athènes en Egypte et retour à Athènes. Au retour le voyage est rompu; Parménisque aborde à Rhodes, y décharge son navire et y prend un nouveau chargement. Les prêteurs demandent alors aux

(1) Cf. de Vries, p. 86.

(2) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1221.

(3) Nous avons vu que la créance du prêteur est confisquée dans le cas où le prêt a été fait à un capitaine sans obligation pour celui-ci de rapporter à Athènes du blé ou d'autres marchandises. V. *supra*, t. III, p. 152.

emprunteurs six mille drachmes, montant de la clause pénale stipulée pour le cas où le navire ne serait pas ramené à Athènes conformément aux stipulations du contrat. Mais les emprunteurs répondent que la relâche à Rhodes a été forcée et que le navire a dû y aborder pour réparer des avaries qu'il avait souffertes par suite d'une tempête dans le voisinage de l'île. Ils se bornent, en conséquence, à offrir à leurs créanciers le remboursement du capital avec un profit maritime proportionnel à la portion du voyage effectuée [1]. Ces créanciers ne veulent recevoir, au contraire, que l'intégralité du profit maritime stipulé dans la syngraphè. Abstraction faite du point de savoir si les allégations de Dionysodore étaient fondées en ce qui concerne la relâche forcée à Rhodes, il nous semble résulter du plaidoyer de Démosthène que l'interruption du voyage ne peut libérer l'emprunteur d'une part du profit maritime proportionnelle à la route non parcourue qu'autant que cette interruption provient d'un cas de force majeure et qu'il n'y a aucune faute imputable au débiteur. Le contrat, en effet, et surtout la syngraphè rédigée pour le prêt à la grosse, est la loi des parties et le débiteur ne peut être dégagé de tout ou partie des obligations mises à sa charge que s'il établit l'existence d'un cas fortuit. Il est vrai que, dans l'espèce, au dire de Dionysodore, d'autres prêteurs avaient consenti, en pareilles circonstances, à ne prendre les intérêts que jusqu'à Rhodes [2]. Mais, comme le remarque l'orateur, c'est là une pure faveur et qui ne peut être érigée en loi au préjudice des créanciers qui ne veulent pas en consentir une semblable. Cette faveur s'explique, du reste, par l'indulgence dont les

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 49 : τοὺς τόκους μερίζειν πρὸς τὸν πλοῦν ὃν ἂν φήσωσι πεπλευκέναι, καὶ μὴ πρὸς τὴν συγγραφήν.

(2) *Ibid.*, § 22 : φησὶ γὰρ ἑτέρους τινὰς δανειστὰς συγκεχωρηκέναι αὐτῷ τοὺς τόκους τοὺς εἰς Ῥόδον.

prêteurs, par calcul ou par nécessité, usaient souvent envers les emprunteurs en pareille matière [1].

L'emprunteur, outre la restitution du capital et le payement du profit maritime, peut être tenu de payer au prêteur le montant de la clause pénale stipulée d'une manière générale pour le cas où le débiteur enfreindrait d'une façon quelconque les stipulations du contrat : ἐὰν δὲ μὴ παράσχωσιν τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῆ καὶ ἀνέπαφα, ἢ ποιήσωσί τι παρὰ τὴν συγγραφήν· ἀποδιδότωσαν διπλάσια τὰ χρήματα. Telle est la formule de clause pénale stipulée dans la syngraphè dont un extrait est relaté dans le plaidoyer contre Dionysodore [3]. La clause pénale est due notamment pour défaut d'emploi des fonds empruntés à l'objet indiqué, pour non chargement des marchandises affectées à l'emprunt, pour changement de route contrairement aux indications de la syngraphè, pour violation de la défense d'emprunter deux fois sur les mêmes objets ou pour fausse déclaration que les objets affectés étaient libres, etc [3]. Ces infractions au contrat pouvaient naturellement être prouvées par témoins [4]. Le montant de la clause pénale varie suivant les cas ; il paraît toutefois avoir été, en général, assez élevé. Ainsi dans la syngraphè de Dionysodore, elle est du double du capital prêté [5]. Dans la syngraphè de Phormion, la clause pénale est de 5000 drachmes alors que le capital prêté est de 1000 drachmes et le profit maritime de 600 drachmes [6]. La clause pénale, lorsqu'elle est aussi élevée, ne se cumule point avec le remboursement du capital et elle est substituée aux différentes obligations de l'emprunteur [7]. Il ne semble point, au sur-

(1) Cf. de Vries, p. 74-78 ; Sieveking, p. 13.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 38. τὰ ἐπιτίμια : Démosthène, *C. Phorm.*, § 26 ; *C. Dionysod.*, § 10.

(3) Pardessus, p. 43-44.

(4) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 13 ; *C. Phorm.*, § 7 ; *C. Lacrit.*, § 19.

(5) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 38.

(6) Démosthène, *C. Phorm.*, § 33 cb. § 23. Cf. de Vries, p. 79-80.

(7) Sieveking, p. 21. Ainsi dans le cas de Dionysodore, celui-ci est assigné par Darios uniquement en payement de la clause pénale de 6000 drachmes.

plus, que la stipulation d'une clause pénale ait été indispensable, car on ne rencontre aucune clause de ce genre dans la syngraphè du plaidoyer contre Lacritos, qui est cependant très détaillée. D'un autre côté, si l'on en juge du moins par le plaidoyer contre Dionysodore, les créanciers n'auraient point toujours été très rigoureux relativement au paiement de la clause pénale. Ainsi Darios, qui avait stipulé de Dionysodore une clause pénale de 6000 drachmes, se déclarait au début tout disposé à se contenter du capital de 3000 drachmes avec le profit maritime intégral [1]. Ce même plaidoyer contre Dionysodore fait mention d'autres faveurs consenties par les emprunteurs à leurs débiteurs malgré une rupture du voyage contraire aux conventions [2].

Il est probable que l'emprunteur n'était point, en général, tenu de payer son créancier immédiatement après l'arrivée du navire. Ainsi la syngraphè de Lacritos accorde aux emprunteurs un délai de vingt jours après le retour du navire à Athènes pour rembourser les sommes dues aux prêteurs. Mais le contrat porte que, pour la sûreté des créanciers, les choses affectées au prêt seront tenues intactes à leur disposition jusqu'à parfait paiement. L'emprunteur pouvait aussi ne payer qu'un acompte, mais alors le créancier n'était point obligé d'anéantir son titre, puisqu'il n'était pas entièrement satisfait. Il se présentait seulement devant un banquier qui recevait et constatait sa déclaration qu'une partie de la dette avait été payée. C'est du moins la procédure que Darios proposait à Dionysodore de suivre, et on peut croire qu'elle était habituelle [4]. Le créancier devait également, en pareil cas, rester nanti des effets affectés à son gage [5].

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 10 et s. Cf. de Vries, p. 80.

(2) V. *supra*, p. 306.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 11. Cf. de Vries, p. 98. V. *supra*, t. III, p. 264.

(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 15.

(5) Le plaidoyer contre Phormion laisse supposer qu'à l'inverse le débiteur

Le paiement doit être fait entre les mains du créancier ou de son représentant. Le paiement au créancier lui-même est la règle lorsqu'il s'agit d'un prêt pour un voyage d'aller et retour. Mais, en cas de prêt pour un voyage simple, lorsque le créancier n'accompagne pas le navire, le paiement est fait entre les mains de son représentant. Ce peut être un de ses correspondants établis à demeure au port de destination, même un esclave [1]. Ce peut être également le capitaine même du navire à qui le prêteur a confié le pouvoir de toucher les fonds en son nom. Tel est le cas prévu dans le plaidoyer contre Phormion, où celui-ci prétend que la syngraphè l'obligeait à payer entre les mains du capitaine Lampis. L'acte de prêt avait été, dans l'espèce, rédigé en double, un exemplaire restant à Athènes, tandis que l'autre avait été vraisemblablement remis au capitaine, mandataire du prêteur. Dans tous les cas, la prudence conseillait alors à l'emprunteur de ne payer au capitaine que devant témoins ou en se faisant donner une preuve du paiement, afin de ne pas être exposé à payer une seconde fois en vertu de l'autre exemplaire demeuré en la possession du créancier [2].

Il pouvait, d'autre part, en cas de prêt consenti par plusieurs personnes, y avoir solidarité entre les prêteurs, chacun d'eux pouvant agir contre l'emprunteur pour la totalité. La syngraphè du plaidoyer contre Lacritos stipule une solidarité de ce genre au profit des deux bailleurs de fonds,

pouvait quelquefois se libérer par anticipation. Il s'agissait d'un prêt fait par Chrysippe à Phormion pour un voyage au Bosphore, aller et retour. Phormion, tout en reconnaissant qu'il n'a pas chargé de marchandises sur le navire pour le voyage de retour, malgré les termes de la convention qui l'y obligeait, soutient qu'il est néanmoins libéré par la perte du navire, attendu qu'il aurait usé de la faculté, réservée suivant lui dans le contrat, d'anticiper le payement, et qu'il s'est acquitté au Bosphore en remettant à Lampis, capitaine du navire, une somme comprenant le capital prêté et le profit maritime. Cf. Dareste, *Plaidoyers civils*, t. I, p. 291-293.

(1) Cf. de Vries, p. 85-86.

(2) Cf. Pardessus, p. 45.

Androclès et Nausicrate [1]. A l'inverse, il pouvait y avoir solidarité entre les emprunteurs. Ainsi, dans la syngraphè de Dionysodore, il était dit que si les emprunteurs ne ramenaient pas le navire au port et ne le représentaient pas aux prêteurs, ils payeraient le double de la somme prêtée, chacun d'eux pouvant être actionné pour la totalité [2]. On peut même supposer que si, dans ces hypothèses, la solidarité soit active, soit passive, n'existait pas de plein droit, elle était au moins habituelle, et que les capitalistes prudents ne manquaient pas de stipuler cette garantie supplémentaire [3].

Si, après l'heureuse arrivée du navire dans le port, l'emprunteur ne paie pas dans le délai qui lui est imparti soit par la convention, soit peut-être même par l'usage, le prêteur, comme tout créancier hypothécaire, peut aussitôt procéder à l'embateusis des objets affectés à sa créance et les vendre.

Ce droit est formellement stipulé au profit des bailleurs de fonds dans la syngraphè du plaidoyer contre Lacritos. Mais une pareille stipulation nous paraît avoir été inutile, car le droit du créancier de se mettre en possession du gage par voie d'ἐμβάτευσις dérive du fait même de l'hypothèque. La stipulation en question ne paraît, du reste, avoir été insérée dans la syngraphè de Lacritos que pour amener celle qui suit et qui accorde aux créanciers une action sur tous les autres biens du débiteur [4]. Il arrive aussi quel-

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 12 : παρὰ Ἀρτέμωνος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι.... καὶ ἑνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις. V. sur l'interprétation de ce texte, *supra*, t. III, p. 295.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 45 : ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει.... τὴν πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν.

(3) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Fœnus*, p. 1222.

(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 12 : ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιν ἐν τῷ συγκειμένῳ χρόνῳ· τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν ἐξέσθω ὑποθεῖναι καὶ ἀποδόσθαι τῆς ὑπαρχούσης τιμῆς. Cf. *ibid.*, § 25 : οὐκ εἴχομεν ὅτου ἐπιλαβοίμεθα, οὐδ' ὅτου κρατοῖμεν. Cf. *C. Zenoth.*, § 14 : ἐπειδὴ τοίνυν ἀφίκετο δεῦρο τὸ πλοῖον.... τὴν μὲν ναῦν

quefois que le prêteur ne prenne point possession des choses qui lui sont engagées. On voit, par exemple, dans le plaidoyer de Zénothémis, que l'opération se liquida différemment suivant les créanciers. Lorsque le navire arriva au Pirée, les prêteurs sur corps et sur quille s'emparèrent du navire en payement de leur créance, tandis que le chargement de blé, affecté à Démon, resta en possession de l'acheteur, qui était précisément le débiteur de Démon [1]. Il suffisait, en effet, au créancier que les marchandises fussent vendues publiquement et en sa présence et que le prix de la vente lui fût exclusivement attribué [2].

Le créancier peut, au surplus, s'il ne veut pas se mettre en possession des objets affectés, se borner à prendre des mesures conservatoires de son droit. Ainsi l'orateur du plaidoyer contre Apatourios, qui a prêté de l'argent à celui-ci sur un navire, s'apercevant que son débiteur a le projet de faire partir furtivement ce navire, qui était son gage, y établit des gardiens [3]. Le créancier, s'il rencontre de la résistance dans sa prise de possession des objets affectés au prêt, est autorisé, comme tout créancier hypothécaire, à user de la δίκη ἐξούλης pour triompher des obstacles apportés à son ἐμβάτευσις [4].

Si le prix de la vente des objets affectés au prêt ne suffit pas à désintéresser intégralement le créancier, celui-ci peut poursuivre son débiteur sur tous ses autres biens. La syngraphè du plaidoyer contre Lacritos le déclare expressément :

οἱ ἐπὶ τῇ νηῒ δεδανεικότες ἐνθένδε εὐθέως εἶχον. De Vries (p. 87) entend toutefois le mot εἶχον en ce sens que les créanciers ont mis des gardiens sur le navire pour empêcher son détournement. V. sur l'interprétation de la syngraphè de Lacritos et des droits qu'elle confère au créancier hypothécaire, *supra*, t. III, p. 274.

(1) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 14.

(2) Cf. de Vries, p. 87.

(3) Démosthène, *C. Apatur.*, § 10. Il ne s'agit point ici d'un prêt à la grosse, mais cela importe peu. Cf. Démosthène, *C. Zenoth.*, § 14, *supra*, p. 310, note 4.

(4) V. *supra*, t. III, p. 265.

« Si le prix est insuffisant pour remplir les prêteurs de la somme qu'ils devront recevoir, aux termes du contrat, les prêteurs pourront poursuivre Artémon et Apollodore sur tous leurs biens de terre et de mer, en quelque lieu que ces biens se trouvent, comme s'il y avait contre eux jugement de condamnation et terme échu [1]. » Si toutefois il va de soi que le créancier peut, en vertu de son action personnelle, poursuivre le débiteur sur tous ses biens, il n'en est pas de même du droit que lui confère la clause précitée de procéder directement et sans jugement à l'exécution sur les biens non hypothéqués. La clause exécutoire, ou καθάπερ ἐκ δίκης, constituant une dérogation au droit commun, ne peut résulter que d'une stipulation formelle [2]. La rédaction même d'une syngraphè ne suffit pas à rendre le contrat exécutoire *ipso jure*, car si la συγγραφή et la clause exécutoire se trouvent réunies dans certains cas, elles sont cependant, à notre avis du moins, entièrement indépendantes l'une de l'autre [3].

Le créancier peut, en outre, exercer son action, le cas échéant, contre les cautions qui étaient venues s'obliger envers lui à côté de l'emprunteur et que tout prêteur prudent ne manquait point d'exiger pour se prémunir contre les fraudes du débiteur [4]. L'engagement de la caution serait, d'après un auteur [5], limité dans le cas de prêt à la grosse à la durée d'une année. Mais, comme nous le verrons en étudiant la matière de la prescription, c'est là une opinion qui ne repose sur aucune base sérieuse [6].

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § : ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τούτων ἁπάντων καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν πανταχοῦ ὅπου ἂν ὦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων.

(2) Matthias, p. 48; Sieveking, p. 21. Caillemer, *loc. cit.*, parait admettre que le prêteur a la grosse peut procéder dans tous les cas à l'exécution καθάπερ ἐκ δίκης.

(3) V. *supra*, p. 70 et s.

(4) V. *supra*, p. 237.

(5) Wachsmuth, II, p. 188.

(6) V. *infra*, p. 52 .

Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il n'y a qu'un prêteur ou plusieurs prêteurs ayant des droits égaux et dérivant du même acte. C'est là, en effet, le cas normal, par suite de la défense habituellement stipulée dans les contrats à la grosse d'affecter ultérieurement à de nouveaux emprunts les objets déjà affectés [1]. Il pouvait cependant arriver qu'un nouvel emprunt devînt nécessaire dans le cours du voyage pour réparer des avaries mettant le navire dans l'impossibilité de continuer sa route ou pour donner des soins urgents à la cargaison. Rigoureusement, la nouvelle affectation des objets engagés au premier prêteur ne peut valablement avoir lieu qu'avec le consentement de ce dernier. Mais si alors ce premier prêteur n'a pas accompagné le navire ou n'a pas de représentant dans le lieu où il s'agit, par exemple, d'effectuer les réparations du navire, l'emprunt va devenir impossible; aussi peut-on croire qu'en pareil cas le capitaine avait la faculté d'emprunter [2]. En fait, toutefois, un second emprunt ne sera réalisable que si on reconnaît au capitaine un pouvoir encore plus étendu. Le capitaine, en effet, ne pourra que bien difficilement rencontrer un bailleur de fonds disposé à lui prêter sur des choses déjà affectées à un premier créancier, à moins d'obtenir une subrogation dans les droits de celui-ci ou une cession de son privilège d'antériorité, ἐὰν ἐπιτρέπωσι ταῦτα οἱ πρότερον δεδανεικότες. Ce sont les termes du plaidoyer contre Lacritos, où précisément le second prêteur réclame une cession d'antériorité [3]. La question qui s'agite dans ce plaidoyer est de savoir si le capitaine a valablement pu consentir une pareille cession au nom du premier prêteur Androclès. Or, comme le dit Dareste [4], il est difficile d'admettre que, pour prendre cette

(1) V. *supra*, p. 288.
(2) Caillemer, *loc. cit.*
(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 52.
(4) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 335, note 34.

mesure urgente, conservatoire de tous les intérêts, le capitaine ne fût pas le mandataire nécessaire du prêteur. Si l'on adopte cette manière de voir, on doit décider que les emprunts les plus récents passeront les premiers, les créanciers étant ainsi colloqués dans l'ordre inverse des dates de leurs créances, ce qui peut paraître très équitable, puisque l'argent des derniers prêteurs a servi à conserver le gage des premiers [1]. Ce n'est point cependant sans une certaine hésitation que nous nous rallions à cette solution, car, dans le droit grec, les droits du premier créancier hypothécaire sont conçus autrement que dans le droit moderne et y sont protégés beaucoup plus énergiquement.

Le plaidoyer de Démosthène contre Zénothémis porte sur un conflit d'un autre genre entre deux prêteurs à la grosse sur le même chargement. Deux prêts ont été consentis sur une même cargaison de blé, l'un par Démon à Protos, l'autre par Zénothémis à Hégestrate. De ces deux prêts, l'un est nécessairement nul, et il s'agit alors de savoir quel est celui des deux emprunteurs qui était réellement propriétaire du chargement et qui a pu, en conséquence, l'affecter à la garantie de l'emprunt. Cette question peut se résoudre d'abord par la preuve testimoniale et nous voyons, en effet, Démon proposer à son adversaire de recourir au témoignage des vendeurs. Un autre élément de preuve peut se trouver dans les registres de la douane sur lesquels était inscrit le nom du propriétaire qui avait payé les droits de sortie des marchandises. Démon offre encore de s'en rapporter à ces registres. Mais, ainsi que l'observe Dareste [2], on est surpris de voir qu'il ne parle pas du connaissement, c'est-à-dire du moyen de preuve à la fois le plus sûr et le plus naturel. Comme on peut difficilement admettre que l'usage du connaissement n'ait pas été connu dans le droit maritime

(1) Cf. en ce sens : Caillemer, *loc. cit.*, p. 1222.
(2) Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 16.

athénien, il faut supposer que, dans l'espèce, cette pièce avait disparu, et cette supposition peut être corroborée par l'accusation que porte Zénothémis d'avoir été dépouillé de ses papiers par Protos, fait que Démon ne dénie point.

Malgré toutes les précautions insérées dans les contrats, les fraudes étaient nombreuses en matière de prêt à la grosse, et elles y étaient même plus faciles que dans d'autres contrats. La simulation, le stellionat se pratiquaient fréquemment, et la baraterie de patron n'était point sans exemple, ainsi que nous le montrent les plaidoyers de Démosthène. Une des fraudes les plus fréquentes et en même temps très lucrative, lorsque le prêt était affecté sur des marchandises, consistait à simuler un chargement ou à ne charger sur le navire qu'une quantité dérisoire de marchandises, l'emprunteur gardant par devers lui la totalité ou la majeure partie des deniers empruntés. On faisait ensuite faire naufrage au navire en ayant soin d'éviter tout danger personnel, et la perte du navire anéantissait les droits des prêteurs. Le plaidoyer contre Zénothémis signale une fraude de ce genre commise par Zénothémis et son complice Hégestrate [1]. Les prêteurs n'avaient qu'un moyen de prévenir cette sorte de fraude, c'était de vérifier l'importance du chargement et de défendre au capitaine de quitter le port avant qu'ils n'eussent procédé à cette vérification [2]. Mais les sources prouvent que cette défense n'était guère respectée ou que les créanciers ne songeaient pas à la faire [3].

Pour remédier aux fraudes dont il pourrait être la victime de la part de l'emprunteur au port d'arrivée, le créancier pouvait charger son correspondant en ce lieu de surveiller le déchargement et la vente de la cargaison qui constituait son gage. Ce correspondant avait également à s'assurer,

(1) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 5.
(2) Arg. Démosthène, *C. Apatur.*, § 9.
(3) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 1222.

en cas de prêt ἀμφοτερόπλουν, que les marchandises vendues au port d'arrivée étaient régulièrement remplacées par d'autres destinées à être réimportées au port de départ. Le prêteur informait alors son correspondant par une lettre lui faisant connaître toutes les conditions du prêt. Mais comme le plus souvent le prêteur n'avait, pour faire parvenir cette lettre à destination, d'autre ressource que de la confier au capitaine même du navire affecté, rien n'était plus facile au débiteur, pour déjouer la prudence de son créancier, que d'anéantir la lettre. Aussi voit-on Chrysippe reprocher à Phormion de ne pas avoir remis à son associé du Bosphore la lettre dont il l'avait chargé et qui recommandait à cet associé de surveiller tous les actes de Phormion [1].

Lorsque le prêteur n'avait pas de correspondant sur les lieux, il n'avait qu'une ressource, c'était de faire route lui-même sur le navire qui transportait son gage. Nous en avons plusieurs exemples. C'est ainsi que ceux qui ont prêté à Phormion pour le voyage d'aller montent sur le navire et ne perdent pas de vue leur débiteur [2]. De même, ceux qui ont prêté de l'argent à Dionysodore en Egypte pour un voyage à Athènes, accompagnent leur débiteur jusqu'à Rhodes [3]. Le prêt à la grosse pouvait même fournir à un individu qui voulait faire un voyage maritime un moyen de retirer un fort bénéfice de ses fonds pendant la traversée. Au lieu de garder son argent sur lui improductif, il n'avait qu'à le prêter à la grosse au maître du navire avec affectation sur le bâtiment qu'il prenait pour sa traversée. En cas d'heureuse arrivée, l'emprunteur lui remboursait le capital

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 28. Dans cette lettre, Chrysippe avait indiqué la somme prêtée et les marchandises sur lesquelles le prêt était affecté. *Ibid.*, § 8.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 26 : οἳ συνέπλευσάν σοι καὶ προσήδρευον. Cf. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 53 : ἀπέπλεον ἐκ τοῦ Πόντου μετὰ τοῦ Χίου τοῦ δεδανεικότος.

(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 29 : οὗτοι τὴν ναῦν κατεκόμισαν. Cf. de Vries, p. 10.

avec le profit maritime. En cas de naufrage, la perte n'était pas plus grande pour le prêteur, que la mer engloutît son argent ou les marchandises affectées au prêt. Le prêteur, prenant place sur le navire, pouvait de plus surveiller facilement les agissements de son débiteur [1].

Si le prêteur ne voulait ou ne pouvait accompagner lui-même le navire, il avait la faculté de mettre à bord un agent, un subrécargue, chargé de le représenter, le cas échéant, et de surveiller le capitaine [2]. Dans l'affaire de Zénothémis, c'est ce représentant du créancier (ὁ παρ' ἡμῶν συμπλέων) qui sauve le navire mis en danger de périr par suite de la baraterie du capitaine [3]. Dans cette même affaire, on voit les prêteurs se réunir pour envoyer un mandataire commun avec mission de rejoindre le navire dans un port étranger et de prendre toutes les mesures nécessaires pour la sauvegarde de leurs droits [4]. Le contrôle peut, au surplus, être confié par le prêteur à de simples esclaves, ainsi qu'on le voit dans le plaidoyer contre Lacritos [5].

Le législateur lui-même, prenant en considération les services que rendaient à la cité les prêteurs à la grosse en facilitant les opérations maritimes si profitables à la richesse générale [6], avait voulu prévenir, par la menace de châti-

(1) Démosthène, *C. Phorm.*, § 26, *supra*, p. 316. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 1221.

(2) Cet agent est nommé κερμακολούθος. Cf. Hermann-Blümner, p. 460, note 1 ; Matthias, p. 52, note 2.

(3) Démosthène, *C. Zenoth.*, § 8.

(4) *Ibid.*, § 11 : πρεσβευτὴν ἐκ βουλῆς τινα λαμβάνομεν On a voulu voir dans ce πρεσβευτὴς ἐκ βουλῆς un membre du Conseil des Cinq cents envoyé par les créanciers à Céphallénie avec une sorte de caractère public. Mais il s'agit plutôt d'un simple mandataire avec un caractère purement privé. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 288, note 7.

(5) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 33 : συμπλεῖν ἑαυτοῦ οἰκέτας ἐν τῇ νηί. Cf. Loi maritime des Rhodiens, VI, 18 (Pardessus, I, p. 236) : ὁ δὲ χρήσας τὰ χρήματα, ἐπιπεμπέτο ἄνθρωπον, ὃς ἂν ἐπιχρήννυται.

(6) Cf. Démosthène, *C. Dionysod.*, § 50 : χρησιμώτατοι εἰσι καὶ κοινῇ πᾶσιν ὑμῖν καὶ ἰδίᾳ τῷ ἐντυγχάνοντι.

ments sévères, les fraudes les plus graves qui pouvaient être commises à leur préjudice. Ainsi Chrysippe, dans son discours contre Phormion, rappelle à ses juges qu'ils ont prononcé la peine de mort contre un accusé coupable d'avoir fait à Athènes coup sur coup plusieurs emprunts à la grosse et de n'avoir pas remis aux prêteurs les objets affectés, et cependant l'accusé était citoyen athénien et son père avait été stratège [1]. De même Darios, dans son plaidoyer contre Dionysodore, fait allusion à des lois qui enjoignent à tous capitaines et gens de mer de se rendre au port indiqué dans le contrat à la grosse et les frappent des peines les plus fortes, ταῖς μεγίσταις ζημίαις, s'ils ne se conforment point à la convention. Un peu plus loin, il dit à son adversaire qu'il mériterait d'être envoyé à la mort pour ne pas avoir rempli les conditions du contrat [2]. Nous estimons néanmoins que ces châtiments n'étaient le plus souvent que comminatoires, car la peine était trop rigoureuse pour être appliquée à raison de la simple inexécution d'un contrat privé.

4° *Formes et preuve du prêt à la grosse. Actions. Procédure.*

Le prêt à la grosse, de même que tous les autres contrats, n'est soumis à aucunes formes spéciales. Il peut donc se former valablement sans écrit [3], ainsi que le prouve du reste le plaidoyer contre Zénothémis, où Démon dit à son adversaire : « Et pourtant si tu avais remis les fonds à Hégestrate sur sa parole, pourquoi prenais-tu soin d'en passer acte avant le crime? Si tu n'avais pas confiance en lui, pourquoi, comme les autres, ne t'étais-tu pas mis en règle avant le départ. » Si donc le prêteur à la grosse a

(1) Démosthène, *C. Phormion.*, § 50.
(2) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 10 et 42.
(3) *Contra :* Sieveking, p. 28.

confiance dans l'emprunteur, il peut, comme le prêteur ordinaire [1], n'exiger de lui aucun écrit et se contenter, par exemple, de la présence de témoins à la convention. L'absence d'un écrit pouvait seulement l'exposer, du moins dans une opinion fort contestable [2], à être privé des avantages de la juridiction commerciale.

La forme orale devait toutefois être extrêmement rare, en raison de la mauvaise foi bien connue des emprunteurs. Le plaidoyer contre Lacritos, en parlant des Phasélites, qui sont renommés pour leur mauvaise foi, dit que « ils sont très habiles pour se faire prêter des fonds sur la place d'Athènes, mais que, dès qu'ils les ont reçus et *qu'ils ont souscrit le contrat maritime* (ναυτική συγγραφή), ils oublient aussitôt les contrats et les lois » [3]. Les autres plaidoyers que nous possédons relativement à des prêts maritimes supposent toujours l'existence d'un écrit entre les parties. Cet écrit se nomme soit συγγραφή [4], soit συνθῆκαι [5]. Il est rédigé sur une tablette (γραμματιδίον) qu'on peut se procurer pour deux chalques, ou sur un morceau de papier (βιβλίδιον) [6].

La rédaction de la ναυτική συγγραφή n'est assujettie à aucune forme particulière. On peut toutefois, d'après la syngraphè relatée dans le plaidoyer contre Lacritos et d'après les autres contrats auxquels se réfèrent les plaidoyers de Démosthène, arriver à reconstituer le contenu habituel des contrats à la grosse. Ils renferment d'abord le nom du créancier et celui du débiteur [7]. Toutefois, en cas de pluralité de

(1) V. *supra*, p. 235.
(2) V. *supra*, p. 93.
(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 1.
(4) *Ibid.*
(5) Démosthène, *C. Phorm.*, § 46 : τοῦ μὲν οὖν δανεῖσαι ἡμᾶς τὰ χρήματα αἵ τε συνθῆκαι αὐτὸς οὗτός ἐστι μάρτυς. Cf. *C. Dyonysod.*, § 6.
(6) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 1. V. au surplus sur la signification respective de ces expresssions, *supra*, p. 54-55. Cf. de Vries, p. 28.
(7) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 10.

prêteurs, les noms de tous les créanciers ne sont pas nécessairement relatés dans l'acte. Ainsi, dans le cas de Dionysodore, Pamphile est seul inscrit comme prêteur dans la syngraphè, et Darios, qui n'est intéressé dans ce prêt que comme participant, n'y est pas en nom [1]. L'acte indique, d'autre part, le montant de la somme prêtée ainsi que le taux du profit maritime, la nature et la quantité des marchandises affectées au prêt, la désignation du navire par ce qui peut en faire connaître l'identité, la route à suivre ainsi que l'époque du voyage, enfin, d'une manière générale, toutes les autres stipulations, ὁμολογίαι, dont nous avons eu l'occasion de parler à propos des obligations de l'emprunteur [2]. La syngraphè de Lacritos, où se rencontrent ces différentes énonciations, ne porte point cependant la mention de la date [3].

L'acte de prêt peut enfin contenir une clause finale destinée à donner une force spéciale à la convention soit vis-à-vis des parties, soit même vis-à-vis de la loi. Nous avons précédemment indiqué la portée de cette clause et nous avons vu qu'elle signifiait simplement que la convention des parties dérogerait à toutes lois ou usages contraires [4].

La syngraphè, rédigée par un scribe ou par l'un des contractants [5], est signée par les parties, les cautions ou du moins scellée par elles [6]. Ordinairement les parties appelaient quelques témoins en présence desquels la convention était conclue et l'acte scellé. Ces témoins, à notre avis du moins [7], ne signent pas l'acte et n'y apposent point eux-mêmes leurs sceaux, mais leurs noms sont indiqués à la fin de l'acte. Ainsi, dans le cas de Lacritos, cinq témoins décla-

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 6.
(2) V. la syngraphè de Lacritos et l'analyse qu'en fait Pardessus, p. 47.
(3) Cf. de Vries, *loc. cit.*
(4) V. *supra*, p. 80.
(5) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 15.
(6) *Ibid.* L'apposition du sceau remplace, comme nous l'avons vu, la signature dans les usages grecs. V. *supra*, p. 58.
(7) V. *supra*, p. 59.

rent avoir été présents au prêt fait par Apollodore et Artémon [1]. Toutefois les noms de trois seulement de ces témoins sont mentionnés dans la syngraphè, d'où l'on peut induire que le chiffre de trois témoins pouvait paraître suffisant pour la régularité de l'acte [2].

L'acte de prêt, dressé conformément aux règles précédentes, est ordinairement déposé chez un tiers, le plus souvent chez un banquier [3]. Ce dépôt, comme le contrat luimême, s'effectue en présence de témoins [4]. Quelquefois, pour plus de sécurité, l'acte est rédigé en double; l'un des exemplaires est déposé chez un banquier et l'autre reste entre les mains du créancier. Ainsi, dans le prêt consenti par Chrysippe à Phormion, l'un des exemplaires reste déposé à Athènes chez le banquier Kittos, et l'autre est vraisemblablement remis au capitaine Lampis, qui était le mandataire de Chrysippe [5].

Lorsque l'emprunteur n'exécute point les obligations que le contrat à la grosse a mises à sa charge, le prêteur peut agir en justice pour le forcer à les remplir. Le demandeur ne doit-il point toutefois, avant d'engager l'instance, faire au débiteur une sommation de payer sa dette? On l'a prétendu [6] sur le fondement du plaidoyer de Démosthène contre Apatourios, où il est dit que, dans les affaires de ce genre, « on fait toujours sommation avant de plaider » [7]. Cette solution ne nous paraît cependant point certaine, car, dans l'espèce, la sommation est faite non pas à l'emprunteur luimême, ou débiteur principal, mais à la caution [8].

(1) Démosthène, *loc. cit.*, § 14.
(2) Cf. de Vries, p. 29.
(3) Cf. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 14; *C. Phorm.*, § 6.
(4) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 14.
(5) Démosthène, *C. Phorm.*, §§ 6 et 32. Cf. de Vries, p. 31; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 312, note 26. V. *supra*, p. 60 et s.
(6) De Vries, p. 101.
(7) Démosthène, *C. Apatur.*, § 26: τῶν γὰρ τοιούτων ἐγκλημάτων πρότερον τὰς ἀπαιτήσεις ποιοῦνται ἅπαντες ἢ δικάζονται.
(8) V. *infra*, p. 473.

L'instance peut être prévenue par un compromis, ou convention aux termes de laquelle les parties s'engagent à soumettre leur différend à un arbitre privé [1]. Plusieurs fois les plaidoyers nous montrent des tentatives d'arbitrage précédant l'instance. C'est ainsi qu'au moment où l'action allait être introduite devant le tribunal, les adversaires de Chrysippe prièrent celui-ci de constituer un arbitre, et les parties firent un compromis confiant l'arbitrage à un métèque isotèle [2]. L'arbitre s'abstint toutefois de juger et renvoya les parties à se pourvoir devant les tribunaux. De même, avant de plaider contre Dionysodore, Darios lui propose de remettre l'affaire au jugement d'un arbitre ou

(1) Nous ne voulons pas exposer, dans ce traité, les règles du compromis, car cette convention se rattache plutôt à la procédure qu'au fond du droit. Nous nous bornerons à dire que la loi attique avait sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, laissé aux parties la plus grande liberté. Les plaideurs peuvent en conséquence, en tout état de cause, s'entendre pour soustraire le jugement de la contestation qui les divise aux tribunaux ordinaires afin de la soumettre à des juges de leur choix, à des arbitres privés, αἱρετοὶ διαιτηταί, arbitres choisis, par opposition aux arbitres publics, ou imposés par le sort, κληρωταὶ διαιτηταί. Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 58. Ils ont cette faculté alors même que l'instance ordinaire est déjà engagée devant un tribunal d'héliastes. Démosthène, *C. Phorm.*, § 18. Les parties peuvent, à l'inverse, rompre le compromis, comme tout autre contrat, d'un mutuel accord (λῦσαι τὴν ἐπιτροπήν), et renoncer à l'arbitrage (ἀφιέναι τοὺς διαιτητάς) pour revenir aux juridictions ordinaires. Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 16 et 19; *C. Aphob.*, III, § 58. Le compromis était ordinairement rédigé par écrit, en raison de son importance, et il déterminait les conditions sous lesquelle les arbitres devaient statuer. Sauf le cas de révocation du compromis *mutuo dissensu*, l'effet de ce contrat est ainsi déterminé par une loi citée dans le plaidoyer de Démosthène contre Midias, § 94 : ἐὰν δέ τινες περὶ συμβολαίων ἰδίων πρὸς ἀλλήλους ἀμφισβητῶσι καὶ βούλωνται διαιτητὴν ἑλέσθαι ὁντινοῦν, ἐξέστω αὐτοῖς αἱρεῖσθαι, ὃν ἂν βούλωνται· ἐπειδὰν δὲ ἕλωνται κατὰ κοινόν, μενέτωσαν ἐν τοῖς ὑπὸ τούτου διαγνωσθεῖσι καὶ μηκέτι μεταφερέτωσαν ἀπὸ τούτου ἐφ' ἕτερον δικαστήριον ταὐτὰ ἐγκλήματα, ἀλλ' ἔστω τὰ κριθέντα ὑπὸ τοῦ διαιτητοῦ κύρια. Cf. Isocrate, *Adv. Callim.*, §§ 10 et s.; Lucien, *Bis Abdic.*, c. 11 ; Platon, *Leges*, XI, p. 920, d. V. sur les arbitres privés et le compromis : Hudtwalcker, *Diaeteten*, p. 173 et s.; Meier, *Die Privatschiedsrichter und die oeffentlichen Diaeteten Athens*, Halle, 1846, p. 3 et s.; Hubert, *De arbitris atticis et privatis et publicis*, Leipsig, 1885, p. 8 et s.; Matthias, *Das griechische Schiedsgericht*, Rostock, 1892.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 18.

de plusieurs, s'il le préfère, pris parmi les négociants de la place [1]. Dans le plaidoyer contre Apatourios, l'arbitre, ou l'un des arbitres choisis par les parties se trouve même dans une situation singulière, car il est en même temps la caution d'une des parties et se trouve ainsi avoir un intérêt dans l'affaire qu'il est appelé à juger [2].

Les actions relatives aux prêts à la grosse rentrent manifestement parmi les δίκαι ἐμπορικαί. La rubrique du plaidoyer contre Dionysodore paraît laisser croire, il est vrai, qu'il s'agit dans cette affaire de la δίκη βλάβης ou action de dommage [3]. Mais les trois autres plaidoyers de Démosthène concernant des contrats à la grosse, sans qualifier expressément l'action intentée, la désignent clairement comme rentrant dans la catégorie des δίκαι ἐμπορικαί, et on doit, sans hésiter, décider que dans tous les cas l'action intentée par un prêteur à la grosse est une action commerciale [4]. Nous avons précédemment exposé la procédure des actions ἐμπορικαί. Nous avons vu notamment, à ce sujet, que l'existence d'un écrit constatant l'emprunt à la grosse ne paraît pas nécessaire, à notre avis du moins, pour que l'action soit qualifiée ἐμπορική et soumise, comme telle, aux règles spéciales qui régissent les affaires commerciales. Le demandeur qui succombe est condamné à l'épobélie ou amende équivalant à la sixième partie de la somme litigieuse et revenant au gagnant [5]. Le défendeur peut aussi, de son côté, être condamné à l'épobélie lorsqu'il propose un déclinatoire tendant à faire déclarer l'action non recevable par le motif qu'il n'y aurait pas de contrat entre lui et le demandeur. Le

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 16.
(2) Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 16 et s.
(3) Δημοσθένους ὁ κατὰ Διονυσοδώρου βλάβης.
(4) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1223. Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 13.
(5) V. *supra*, p. 93 et s.
(6) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 4.

moyen de défense ainsi employé se nomme alors παραγραφή, et l'on peut croire qu'il était assez fréquemment employé, du moins en notre matière, car sur les quatre discours composés par Démosthène concernant des questions de prêt à la grosse, trois sont des λόγοι παραγραφικοί, ceux contre Zénothémis, contre Phormion et contre Lacritos [1].

Des difficultés pouvaient s'élever en cours de route entre les parties, soit en ce qui concerne la route à suivre par le navire, soit sur tout autre point. La contestation était alors soumise aux juges du lieu où le navire faisait escale. C'est ainsi que, dans l'affaire de Zénothémis, le navire ayant dû, par suite d'une tempête, relâcher au port de Céphallénie, Zénothémis demande aux magistrats locaux l'autorisation de rompre le voyage, sous le prétexte que le navire ne pouvait plus tenir la mer; mais le tribunal refusa d'autoriser cette rupture et ordonna que le navire devait continuer jusqu'au Pirée, port de destination désigné dans le contrat [2].

SECTION IV

Contrat de dépôt.

§ I. — Formation du contrat.

Ce qui caractérise le dépôt (παρακαταθήκη), c'est que le dépositaire reçoit la chose à la charge de la garder sans s'en servir et avec obligation de la restituer *in specie* dès qu'elle lui sera redemandée par le déposant. Il y a là un véritable contrat, ainsi que le prouvent soit le passage d'Aristote [3] qui range la παρακαταθήκη parmi les συναλλάγματα ἑκούσια, soit le

(1) Cf. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 15.
(2) Démosthène, *C. Zenoth.*, §§ 8 et 9.
(3) Aristote, *Eth. Nicom.*, V, 2, § 13.

discours de Lysias [1] où l'orateur qualifie de συμβόλαιον le dépôt fait par son client Nicias entre les mains d'Euthynos [2]. Mais c'est un contrat qui, beaucoup plus que tout autre, implique l'idée de confiance chez celui qu'il va rendre créancier, chez le déposant. Aussi Platon, dans une des définitions qui lui sont attribuées, mettait-il en relief ce caractère du contrat en qualifiant la παρακαταθήκη : δόμα μετὰ πίστεως [3].

Le mot usité le plus souvent dans le droit attique pour désigner le contrat de dépôt est celui de παρακαταθήκη [4], auquel correspondent alors les verbes παρακατατίθεσθαι (appliqué au déposant) et παρακατακεῖσθαι (appliqué à la chose déposée) [5]. Il faut observer, du reste, que, dans le langage des auteurs grecs, le mot παρακαταθήκη peut, comme chez nous le mot dépôt, avoir une double signification. Tantôt, en effet, il désigne le contrat même, comme cela a lieu dans l'énumération précitée d'Aristote, tantôt il est appliqué à l'objet même du contrat, comme dans ce passage d'Isocrate où, en parlant de personnes qui doivent réclamer la chose déposée, l'orateur dit ἀπαιτήσοντες τὴν παρακαταθήκην [6].

Le contrat de dépôt présentant à peu près les mêmes caractères dans toutes les législations, on peut arriver assez facilement à reconstruire sa théorie à Athènes, du moins dans ses grandes lignes. Il est fâcheux toutefois, pour l'étude de ce contrat dans le droit attique, que nous ne possédions pas le discours de Lysias contre Nicias παρακαταθήκης, et qui était probablement la défense à celui qu'Isocrate a prononcé pour la même personne [7]. On peut également regretter la perte des comédies de Ménandre et de Sophilos intitulées

(1) Lysias, *C. Euthyn.*, § 1.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 699, note 611.

(3) Platon, *Definit.*, (Didot) II, p. 597.

(4) Le mot παραθήκη est également attique. Cf. Hérodote, VI, 86, § 4. Mais il est d'un emploi très rare. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 700, note 614.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 700.

(6) Isocrate, *Trapezit.*, § 45.

(7) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 700, note 612.

παρακαταθήκη. Les principales sources de la matière sont uniquement aujourd'hui le discours d'Isocrate ayant pour titre *Trapeziticus*, et celui que le même orateur a composé contre Euthynos pour Nicias.

Le dépôt peut avoir pour objet une chose corporelle quelconque, pourvu qu'elle soit susceptible d'un déplacement matériel, ainsi que l'indique l'étymologie même du mot qui sert à désigner ce contrat, παρακαταθήκη, ce qui exclut du dépôt les immeubles. Mais toute chose mobilière est susceptible d'être remise en dépôt. Nous avons vu, notamment, que les titres servant à établir les conventions des parties sont ordinairement déposés entre les mains d'un tiers de confiance [1].

Le contrat de dépôt ne requiert, pour sa formation, l'observation d'aucune formalité particulière. Ordinairement, pour se garantir contre l'infidélité du dépositaire, le déposant a soin de se procurer une preuve du dépôt. Il peut naturellement exiger de lui une reconnaissance écrite [2], ou bien effectuer la remise en présence de témoins, hommes libres ou esclaves, au témoignage desquels il pourra avoir recours ultérieurement si le dépositaire refuse de rendre la chose déposée [3]. Il n'était point d'usage toutefois d'appeler des témoins aux dépôts effectués chez les trapézites, en raison de la confiance que ceux-ci avaient su inspirer [4]. Il pouvait d'ailleurs se présenter certaines circonstances exigeant un secret absolu et ne permettant pas aux parties de traiter l'affaire autrement que seule à seule, μόνος παρὰ μόνου [5]. Tel

(1) V. *supra*, p. 60. D'après une inscription de Stiris (*Bulletin*, V, p. 448), l'affranchi, en cas d'affranchissement par voie de consécration à la divinité, semble considéré comme un dépôt. V. *supra*, t. II, p. 477, note 5.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 701 ; Hermann-Thalheim, p. 118, note 3 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Depositum*. Une inscription de Tégée (Roehl, *Inscr. Gr. ant.*, n° 68) relate un cas de dépôt fait dans un temple.

(3) Isocrate, *C. Euthyn.*, § 4.

(4) Isocrate, *Trapezit.*, § 2.

(5) Isocrate, *C. Euthyn.*, § 7.

est le cas de Nicias qui, proscrit par les Trente, et obligé de cacher en toute hâte sa fortune, dut confier trois talents à Euthynos sans exiger de lui aucune garantie et en se contentant de sa simple parole [2]. En pareille hypothèse, si le dépositaire, au mépris de la foi promise, niait la totalité ou, comme Euthynos, une partie seulement du dépôt, le déposant n'avait d'autre ressource que de déférer le serment à son adversaire et de le contraindre à jurer, en présence de la divinité, qu'il n'avait jamais reçu aucun dépôt [3]. C'était là toutefois une extrémité bien périlleuse, car le parjure était assez fréquent [4], et il pouvait être même encore facilité par l'indulgence que l'opinion témoignait dans certains cas. C'est ainsi que Lucien admet qu'on peut pardonner au dépositaire qui, pressé par la faim, se parjure et nie avoir reçu le dépôt qu'un citoyen lui a confié [5].

§ II. — Effets du dépôt.

L'effet normal et nécessaire du contrat de dépôt est de faire naître, à la charge du dépositaire, les deux obligations suivantes : 1° garder fidèlement la chose déposée; 2° la restituer à première réquisition.

La première de ces obligations entraîne, comme corollaire, celle de ne pas employer à son usage particulier la chose déposée à moins d'en avoir obtenu l'autorisation du déposant. Cette solution s'induit de ce que nous raconte Lysias à propos d'Aristophane. Celui-ci, dépositaire d'une somme de quarante mines que son frère lui avait confiée, et

(2) Isocrate, *ibid.*, § 4. C'est pour ce motif que le plaidoyer d'Isocrate est qualifié πρὸς Εὐθύνουν ἀμάρτυρος.

(3) Hérodote, VI, 86.

(4) Cf. Hermann-Blümner, p. 46.

(5) Lucien, *Pseudologista*, c. 30. Cf. Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 510.

n'ayant point de ressources personnelles suffisantes pour faire un paiement dont il était tenu, ne toucha au dépôt qu'après avoir sollicité et obtenu de son frère la permission d'en user [1]. L'usage abusif de la chose déposée constituait, en droit romain, ce que l'on nommait un *furtum usus* [2]. Il ne pouvait donner lieu, dans le droit attique, qu'à l'action privée naissant du contrat, la δίκη παρακαταθήκης [3]. Par exception toutefois, une action publique était possible dans le cas où le dépositaire était chargé de la conservation des deniers publics ou sacrés. C'est ainsi que Céphisophon, ayant abusé des facilités que lui donnaient ses fonctions de ταμίας τῶν ἱερῶν χρημάτων pour prendre dans le trésor sacré des sommes qu'il plaçait à son profit personnel, fut, au témoignage de Démosthène, poursuivi par la γραφὴ ἱερῶν χρημάτων [4].

La seconde obligation du dépositaire consiste dans la restitution de la chose dès qu'il en est requis. Cette restitution doit également porter, le cas échéant, sur les fruits que la chose aurait produits chez lui. Lorsque la chose a péri par cas fortuit entre ses mains, le dépositaire n'est point évidemment tenu de la restituer. Mais il répond certainement des pertes ou détériorations imputables à son dol ou à sa faute lourde. Le droit romain déchargeait le dépositaire de toute responsabilité de sa faute simple, par ce motif qu'il est entièrement désintéressé dans le contrat [5]. Peut-être le

(1) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 22 : τοῦ ἀδελφοῦ τοῦ ὁμοπατρίου ἀποκειμένας παρ' αὐτῷ τεσσαράκοντα μνᾶς εἰπὼν κατεχρήσατο.

(2) L. 29, pr. D. *Deposit.*, XVI, 3.

(3) Platner, *Process*, II, p. 364 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 701 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 511 et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*

(4) Démosthène, *De fals. legat.*, § 293. Cf. sur cette action : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 267 et 454. Le scholiaste de Démosthène mentionne un fait analogue à propos d'un dépôt de sommes d'argent effectué dans l'Opisthodome, sommes que les trésoriers s'étaient un jour avisés de prêter à intérêts à des banquiers, sans en prévenir la cité. Schol. Demosth., R, 743, 1, Didot, p. 729 : Démosthène, *C. Timocr.*, § 136. Cf. Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 512.

(5) Inst., § 3, *Quib. mod. re contr. oblig.*, III, 14.

droit attique avait-il admis une semblable solution, qui, du reste, est fort équitable.

Le dépositaire qui manque par sa faute à son obligation de restitution est dit ἀποστερῆσαι παρακαταθήκην ou ἀποστερεῖν [1]. Cette violation du contrat est sanctionnée par la δίκη παρακαταθήκης, qui permet au déposant de poursuivre devant les tribunaux le dépositaire infidèle et de lui réclamer la chose elle-même, ou, à défaut de la chose, des dommages-intérêts, ou même les deux à la fois, comme dans le cas précédemment indiqué où le dépositaire a employé abusivement l'objet qui lui avait été confié [2]. Il ne semble point, d'autre part, que, dans le droit attique, l'exercice de la δίκη παρακαταθήκης ait entraîné des conséquences spécialement rigoureuses contre le dépositaire condamné, notamment qu'on lui ait appliqué la règle *lis infitiatione in duplum crescit.* Le deuxième code de Gortyne fait, il est vrai, application de cette règle au dépositaire d'un quadrupède, ou d'une volaille qui, actionné en restitution, nie le fait du dépôt [3]. Mais on ne rencontre dans la législation athénienne aucune disposition semblable.

La δίκη παρακαταθήκης nous paraît être la seule action civile servant de sanction à l'obligation du dépositaire de restituer la chose. On a prétendu cependant que le déposant peut, au moyen de la δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν, arriver à

(1) Pollux, VI, 154; Aristote, *Problem.*, XXIX, 2, p. 950 a : Isocrate, *Trapez.*, § 50; *C. Euthyn.*, § 7. Cf. Schol., Aristoph., *Plutus*, 373 : ἀποστερῶ ἐστιν ὅταν παρακαταθήκην τινὸς λαβὼν εἰς διαβολὴν χωρήσω καὶ οὐκ ἐθέλω διδόναι αὐτῷ ἃ ἔλαβον.

(2) Nous avons admis que la δίκη παρακαταθήκης peut être également employée par le débiteur contre le créancier gagiste afin d'obtenir de celui-ci la restitution du gage : v. *supra*, t. III, p. 286. Mais nous avons rejeté la possibilité de cette action intentée par le débiteur à l'effet de réclamer au créancier, lorsqu'il a vendu la chose hypothéquée, l'excédent de la valeur de cette chose sur le montant de sa dette. V. *supra*, t. III, p. 275.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 394, § 3. Cf. inscription thébaine citée *in Mittheilungen*, XV, (1890), p. 378 : ἐπάνθετα· Νικόδαμος τρεπεδδίκας τὰν παρακαταθείκαν, ἂν ἔλαβε πὰρ Πουθίωνος Πουθιάω ὁ ἔπραξε Δάμων.

obtenir du dépositaire la restitution de la chose déposée [1]. On pourrait alléguer en ce sens l'exemple d'Euctémon, agissant au moyen de l'action en exhibition pour obtenir la restitution de son testament [2]. Nous estimons néammoins que la restitution du dépôt ne peut être obtenue que par la δίκη παρακαταθήκης. Le déposant peut, sans doute, au moyen de la δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν, faire constater que le défendeur détient la chose litigieuse. Mais il lui faut encore démontrer, pour se faire restituer cette chose, que le défendeur n'a pas le droit de la conserver, parce qu'il ne la détient qu'à titre de dépositaire. Or, à cet effet, il doit user de la δίκη παρακαταθήκης. L'exemple d'Euctémon ne prouve rien en sens contraire. Il suffisait, en effet, à Euctémon d'exercer l'action en exhibition, car une fois le testament produit, il était par là même démontré que le dépositaire de cet acte n'avait aucun droit à le conserver et qu'il devait le rendre au demandeur [3].

L'obligation du dépositaire de restituer la chose déposée ne peut-elle point être sanctionnée par une action pénale correspondant à celle qui est admise dans nos lois modernes en cas de violation de dépôt? Il est certain que, dans toute la Grèce, la violation de dépôt était énergiquement flétrie par l'opinion publique. Aristote considérait le dépositaire infidèle comme plus coupable que celui qui trompe un prêteur, car, disait-il, le dépositaire se rend coupable d'injustice envers l'homme qui l'a traité en ami, tandis qu'un prêteur ordinaire n'est pas un ami ; il y a donc, dans la dissipation du dépôt, outre le préjudice causé, une atteinte à la bonne foi [4]. Lucien met sur la même ligne le mari qui prostitue sa femme et l'homme qui, après avoir accepté un dépôt, jure par Minerve qu'il n'a rien reçu [5]. L'infidélité du dépositaire pouvait

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 703. Cf. Hefter, p. 269.

(2) Isée, *De Philoct. her.*, § 31. V. *supra*, t. III, p. 412.

(3) Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 514 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Depositum*.

(4) Aristote, *Problemata*, XXIX, § 2. Cf. *ibid.*, § 6.

(5) Lucien, *Sympos.*, 32. Cf. Démocrite, *in* Stobée, *Floril.*, XLVI, 47.

même attirer sur lui la colère des dieux et ceux-ci, venant en aide à la justice des hommes, se chargeaient parfois d'anéantir la race entière de celui qui commettait l'infamie de nier l'existence d'un dépôt confié à son honneur et à sa loyauté : tel fut, selon la tradition, le sort du Spartiate Glaucus, malgré le repentir qu'il avait ultérieurement manifesté [1].

Mais la loi pénale n'intervenait point, à notre avis, pour réprimer la violation de dépôt. Certains auteurs enseignent cependant que la loi athénienne frappait le dépositaire infidèle de la peine de l'atimie [2]. On invoque en ce sens l'autorité de Michel d'Ephèse qui, dans ses annotations sur Aristote [3], cite une loi grecque établissant la peine de l'infamie contre celui qui ne restituait pas le dépôt confié à ses soins. On argumente aussi par analogie des dispositions de la loi romaine, d'après laquelle le défendeur qui succombait dans l'action *depositi directa* était noté d'infamie [4]. Les partisans de cette opinion se divisent toutefois sur certains points de détail, les uns admettant que l'atimie est encourue de plein droit par cela seul que le défendeur a succombé dans la δίκη παρακαταθήκης, les autres qu'elle ne peut résulter que d'une condamnation spéciale. Des divergences se produisent également sur l'étendue de l'atimie, les uns enseignant qu'elle est totale, les autres qu'elle est seulement partielle [5].

Nous estimons, au contraire, que la violation de dépôt

(1) Hérodote, VI, 86.

(2) Meursius, *Themis attica*, p. 120 ; Meier et Schœmann, *Attische Process*, 1re éd., p. 514 ; Platner, *Process*, t. 2, p. 364 ; Smith, *Dictionary of antiquities*, vº παρακαταθήκη ; Lelyveld, *De infamia jure attico*, p. 186 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Atimia*, p. 524.

(3) *Ad Aristotelis Ethica*, V, p. 77 b : ὁ μὲν γὰρ νόμος καθόλου κελεύει τὸν μὴ ἀποδιδόντα τὴν παρακαταθήκην ἄτιμον εἶναι.

(4) L. 1, D. *De his qui not. infam.*, III, 2.

(5) On pourrait alléguer encore dans le sens de cette opinion un texte du Lexique de Séguier (Bekker, I, 254, 24) qui autorise l'archonte à frapper d'une amende (ἐπιβάλλειν) quiconque est convaincu de κατέχειν τὰ ἀλλότρια καὶ μὴ εἰς ἐμφανὲς ἄγειν.

ne comporte, dans le droit attique, aucune sanction pénale. Cette solution résulte manifestement d'un passage du discours de Démosthène contre Midias où l'orateur s'exprime ainsi : « Pourquoi, dit-il, lorsqu'un individu a volontairement accepté de recevoir en dépôt un, deux ou dix talents, et qu'il refuse ensuite de les restituer, la République demeure-t-elle indifférente, tandis que l'enlèvement avec violence d'un objet de la plus minime valeur entraîne au profit de l'Etat l'application d'une amende égale à la somme que le coupable doit payer au particulier lésé ? C'est qu'en cas de violence, la société toute entière éprouve un préjudice [1]. » Si donc la République n'est nullement touchée par la négation d'un dépôt volontaire, on ne voit pas de motif pour frapper d'atimie le dépositaire infidèle. L'autorité de Démosthène doit dès lors prévaloir sur le témoignage de Michel d'Ephèse, et cela d'autant plus que ce dernier est assez vague et se borne à faire allusion à une loi (ὁ νόμος κελεύει) assez générale et qu'il n'attribue à aucune cité grecque en particulier, spécialement à Athènes. On doit encore plus hésiter à appliquer la peine de l'atimie quand on voit Aristote, lorsqu'il se pose la question de savoir διὰ τί παρακαταθήκην δεινότερον ἀποστερεῖν ἢ δάνειον [2], ne l'examiner qu'au point de vue moral et ne faire nulle allusion à l'atimie qu'aurait prononcée la loi pénale. Quant à l'argument d'analogie tiré de la loi romaine, il n'est nullement décisif, et il y a même plutôt lieu de supposer que la loi, νόμος, à laquelle se réfère le scholiaste, est celle de Rome et non point celle d'Athènes ou d'une autre cité grecque [3].

Si, en principe, le contrat de dépôt ne crée d'obligation

(1) Démosthène, *In Midiam*, § 44 : ἂν μὲν ἑκὼν παρ' ἑκόντος τις λάβῃ τάλαντον ἓν ἢ δύο ἢ δέκα καὶ ταῦτ' ἀποστερήσῃ, οὐδὲν αὐτῷ πρὸς τὴν πόλιν ἐστιν κτλ.

(2) Aristote, *Problemata*, *loc. cit.*

(3) Cf. en ce sens : Mayer, t. II, p. 245 ; Thonissen, p. 308 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 702 ; Caillemer, *Contrat de dépot*, p. 515 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Depositum*, p. 104 ; Hermann-Thalheim, p. 56, note 1.

qu'à la charge du dépositaire, il se peut qu'exceptionnellement il en fasse naître à la charge du déposant, comme dans le cas où le dépositaire a dû faire certaines dépenses pour la garde et la conservation de la chose déposée. Le déposant est alors tenu de les lui rembourser et le dépositaire peut exercer, à cet effet, sinon la δίκη παρακαταθήκης, du moins la δίκη βλάβης.

§ III. — De quelques espèces particulières de dépôt.

1° *Du dépôt irrégulier.*

Le dépôt ordinaire ou régulier, dont nous nous sommes occupé jusqu'à présent, ne donne pas au dépositaire le droit de se servir de la chose déposée et l'oblige à restituer cette chose elle-même. Le dépôt irrégulier déroge à ce double principe et il autorise le dépositaire, d'une part, à employer la chose déposée et, d'autre part, à rendre non pas les objets mêmes qu'il a reçus, mais d'autres objets de même nature en quantité égale. C'est dans ces conditions que les particuliers déposaient leur argent chez les trapézites, ceux-ci ayant le droit de se servir des fonds déposés, à charge de restituer une somme équivalente. On pourrait, *a priori*, refuser de voir dans une pareille convention un contrat de dépôt, car les éléments principaux de ce contrat y font défaut, et les jurisconsultes romains disaient, à propos d'une semblable convention, que *egreditur ea res depositi notissimos terminos* [1]. Néanmoins, tout en reconnaissant que l'opération ressemble beaucoup plus à un *mutuum* qu'à un dépôt véritable, ces jurisconsultes admettaient que le déposant pouvait agir en pareil cas par l'action *depositi* [2]. De même, à Athènes, les textes disent que dans notre hypo-

(1) L. 24, D. *Depositi*, XVI, 3.
(2) L. 25, § 1, *eod. tit.*

thèse il y a dépôt, παρακαταθήκη, et l'action qu'ils reconnaissent aux parties pour la sauvegarde de leurs droits est la δίκη παρακαταθήκης [1]. La raison en est probablement, à Athènes comme à Rome, dans le droit que le créancier conserve, comme tout déposant, de retirer à volonté la chose déposée.

Le dépôt irrégulier se faisait principalement chez les banquiers [2], qui trouvaient à cette façon de s'obliger de sérieux avantages. Les dépôts constituaient, en effet, avec leur fortune personnelle, le fonds de roulement des banquiers. Ils s'en servaient notamment pour faire des avances aux négociants qui voulaient fréter un navire ou acheter des marchandises pour aller les revendre dans d'autres pays. Comme les banquiers faisaient ces prêts à un taux d'intérêt généralement assez élevé, surtout lorsqu'il s'agissait de prêts maritimes, ils pouvaient servir un intérêt à leurs déposants tout en réalisant encore des bénéfices importants en raison de la différence entre le taux des intérêts par eux perçus de leurs emprunteurs et celui des intérêts par eux payés à leurs déposants. On a prétendu, il est vrai, que les trapézites athéniens ne servaient point d'intérêts aux déposants [3]. Mais cette opinion, qui ne repose sur aucune raison sérieuse, n'est guère vraisemblable, et elle serait, de plus, contraire à la pratique suivie par les banquiers romains [4]. Or il y a lieu de croire que les usages étaient sur ce point semblables à Rome et à Athènes [5].

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 5-6 ; Isocrate, *Trapezit.*, §§ 13, 45 et *passim*.

(2) Ces dépôts se faisaient ordinairement sans témoins. V. *supra*, p. 326.

(3) Lattes, *I Banchieri della Grecia antiqua*, 1868, p. 458.

(4) Cf. l. 47, § 1, D. *De pactis*, II, 14.

(5) Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 519 ; Cruchon, *De argentariis*, p. 23 ; Perrot, *Le commerce de l'argent à Athènes*, in *Mémoires d'archéologie, d'épigraphie et d'histoire*, p. 353. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 185, note 18, enseigne même que le dépôt produisait des intérêts qui n'avaient pas besoin d'être stipulés, parce qu'ils étaient considérés comme l'équivalent de

Quant au déposant, bien que ne percevant qu'un intérêt relativement minime sur les sommes déposées, il avait cet avantage de pouvoir les retirer comme bon lui semblait ou de faire effectuer sur son ordre et pour son compte les paiements qu'il indiquait au banquier [1]. Le dépôt chez un banquier lui procurait aussi cet avantage de le protéger contre les chances de perte et de vol auxquelles il eût été exposé, s'il eût conservé chez lui les deniers.

Un plaidoyer de Démosthène [2] fournit quelques indications sur la manière de procéder des trapézites pour l'ouverture et la tenue de ces comptes qu'ils avaient avec leurs déposants. Sur une page de son registre, le banquier inscrivait le nom de son client, πρῶτον τοῦ θέντος τοὔνομα γράφειν, puis il indiquait les sommes qu'il avait reçues du déposant ou recouvrées pour le compte de celui-ci, ce que Démosthène nomme τὸ κεφάλαιον τοῦ ἀργυρίου. Il portait enfin en regard les remboursements ou les paiements effectués pour le compte du déposant. Il était ainsi très facile de connaître la situation respective du trapézite et de son client : il suffisait de comparer le total du crédit et du débit [3].

Le dépôt fait chez un banquier peut, comme celui qui est effectué entre les mains d'un particulier, être retiré *ad nutum* par le déposant ; c'est, en d'autres termes, un dépôt à vue. Tout retard apporté à la restitution eût compromis la réputation du trapézite. Aussi une épigramme de l'anthologie, où l'on peut voir une sorte de prospectus d'une banque grecque, porte-t-elle : « Cette caisse est ouverte également aux nationaux et aux étrangers. Y as-tu fait un dépôt, reprends tes fonds après règlement de compte. Caïcos, même

l'usage de la somme déposée. Telle était, en effet, la solution admise par la loi romaine : l. 29, § 1, D. *Deposit.*, XVI, 3. V. *infra*, p. 506.

(1) Nous reviendrons, en étudiant l'extinction des obligations, sur ce mode de paiement par l'intermédiaire d'un banquier.

(2) Démosthène, *C. Callip.*, § 4.

(3) Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 518. Cf. Plaute, *Curculio*, I, 2, 89.

la nuit, restitue à tout réclamant l'argent qu'on lui a prêté »[1]. Aussi lorsque nous voyons, dans le plaidoyer de Démosthène pour Phormion, Pasion donner sa garantie à Phormion pour une somme de onze talents[2], c'est que ces onze talents, provenant de dépôts, constituaient une dette exigible à tout instant de la part des déposants et, par suite, créaient un danger pour la banque, du moment que l'actif de celle-ci, consistant en prêts à terme, n'était point facilement et promptement réalisable[3].

Les dépôts irréguliers pouvaient avoir lieu non seulement chez les banquiers mais encore et même aussi fréquemment dans des temples. C'est à ce second procédé que recouraient de préférence ceux qui, peu soucieux de retirer de gros intérêts de leur argent, se préoccupaient avant tout de la sécurité du dépôt, car les dépôts faits dans les temples participaient de l'inviolabilité du sanctuaire. On rencontre, dans l'antiquité grecque, de nombreux exemples de dépôts de ce genre. C'est ainsi que les temples d'Apollon à Delphes, d'Artémise à Ephèse et d'Héra à Samos, renfermaient de nombreux dépôts d'argent effectués non seulement par les habitants de la localité, mais aussi par des étrangers appartenant à tous les pays[4]. Les conditions des dépôts effectués dans les temples variaient évidemment suivant les lieux, les temps et les circonstances. Tantôt ils étaient exigibles au gré du déposant ; tantôt ils étaient

(1) Anthologie, IX, n. 435 et trad. Debèque, p. 317 :

Ἀστοῖς καὶ ξένοισιν ἴσον νέμει ἅδε τράπεζα·
Θεὶς ἀνελεῦ, ψήφου πρὸς λόγον ἐρχομένης.
Ἄλλος τις πρόφασιν λεγέτω· τὰ δ' ὀθνεῖα Κάϊκος
Χρήματα καὶ νυκτὸς βουλομένοις ἀριθμεῖ.

(2) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 4 et s.

(3) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 166, note 3.

(4) Cf. Plutarque, *Lysander*, § 18 ; Pausanias, X, 11 ; Dion Chrysostome, XXXI, 54 ; Xénophon, *Hist. gr.*, VI, 4, 2 ; *Corp. inscr. gr.*, I, n° 1571 ; Cicéron, *De legibus*, II, 16, § 41 ; Plaute, *Bacchae*, II, 3, 78.

faits pour un nombre déterminé d'années [1]. Ce qui, au surplus, les distinguait, d'une manière générale, de ceux que recevaient les banquiers, c'est que les temples ne payaient point d'intérêts aux déposants, car, en définitive, c'étaient ceux-ci qui recevaient et non qui rendaient le service. La restitution des deniers déposés était, en effet, assurée non seulement par l'inviolabilité des temples, mais encore par leurs propriétés territoriales, par leurs richesses accumulées et leurs revenus réguliers. D'autre part, les administrateurs des temples étaient trop intéressés à conserver la bonne réputation de leur sanctuaire, du dieu lui-même, pour ne pas prendre toutes les mesures propres à assurer la restitution des dépôts. Aussi, malgré l'absence d'intérêts, préférait-on souvent les sanctuaires aux caisses des banquiers, car on voyait quelquefois les banques faire faillite et les banquiers disparaître [2]. Ce n'est pas que les administrateurs des temples gardassent improductives les sommes d'argent qui venaient s'accumuler entre leurs mains. Ils s'en servaient souvent, au contraire, pour faire soit à des cités, soit à des particuliers des prêts portant intérêt. Mais grâce aux garanties exigées des emprunteurs et aussi aux réserves du temple, ces opérations ne pouvaient compromettre en rien la sécurité des déposants [3].

2° *Du séquestre.*

Une seconde variété du dépôt constitue ce que, dans le langage moderne, on appelle le séquestre. Ce qui caractérise ce contrat, c'est que le dépôt étant fait nécessairement par plusieurs personnes, il n'est restituable qu'à l'une d'elles et

(1) Perrot, *loc. cit.*, p. 373.
(2) Cf. Démosthène, *C. Apatur.*, § 9 ; *C. Timoth.*, § 68.
(3) Cf. sur les dépôts faits dans les temples : Büchsenschütz, p. 508 et s. ; Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 521-523 ; Perrot, *loc. cit.* ; Hermann, *Gottesd. Alterth.*, § 9 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 702.

sous une condition déterminée. Le séquestre est désigné, dans le droit attique, sous le nom de μεσεγγύημα. Le fait d'effectuer le dépôt est indiqué par le verbe à forme active μεσεγγυᾶν ou par l'expression ἐπιδιατίθεσθαι, tandis que le verbe à forme moyenne μεσεγγυᾶσθαι ou μεσεγγυοῦσθαι se réfère au contrat passé entre les codéposants [1]. L'objet séquestré se nomme τὸ μεσεγγυωθέν [2]. Quant au mot μεσέγγυος [3], il désigne le dépositaire, le *sequester* des Romains.

Le séquestre a généralement son origine dans une contestation relative à la chose déposée, et c'est à ce point de vue que se place un des lexiques de Séguier, lorsqu'il définit ainsi le μεσεγγύημα : ὅταν τὰ ἐπιδικαζόμενα φίλος φυλάττειν παραλάβῃ καὶ ἀμφοτέρων τῶν ἀντιδίκων [4]. Il y a ainsi séquestre conventionnel lorsque les deux adversaires remettent la chose litigieuse à un tiers, avec mission de la garder et de la rendre, une fois la contestation vidée, à la partie qui aura triomphé.

Il est probable qu'en cas de litige sur la possession d'une chose, et lorsqu'il y a lieu de craindre que le possesseur actuel ne commette des actes préjudiciables à son adversaire, les juges pouvaient ordonner la remise de la chose entre les mains d'une tierce personne jusqu'au jugement, ou qu'en d'autres termes la législation attique admettait le séquestre judiciaire à côté du séquestre conventionnel. C'est ce que l'on peut induire des dispositions du *Traité des Lois* dans lesquelles Platon s'est manifestement inspiré des règles du droit positif [5]. Le philosophe décide qu'en cas de revendication d'une chose mobilière, si celle-ci ne figure pas sur les inventaires déposés entre les mains des magistrats, elle est

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 711, et les autorités citées à la note 659.

(2) Platon, *Leges*, XI, 914, d.

(3) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 284, l. 146.

(4) Bekker, *Anecd.*, I, p. 191, 14.

(5) Platon, *Leges*, XI, 914, d.

mise provisoirement sous séquestre, jusqu'au jour du jugement, entre les mains des trois magistrats les plus âgés. Quand l'objet séquestré est un animal, la partie qui succombe est tenue de rembourser aux magistrats ce qu'ils ont dépensé pour le nourrir pendant la durée du séquestre. Quant au gagnant, Platon ne le soumet à aucune action de la part du séquestre. On peut douter toutefois que ce fût là la règle admise par le droit positif. Les adversaires, en effet, interviennent tous deux au contrat du séquestre, et l'on ne voit pas de raison pour ne pas accorder au dépositaire d'action contre les deux déposants, gagnant ou perdant [1]. Aussi, dans notre droit moderne, le gagnant peut-il, de même que le perdant, être actionné *in solidum* par le séquestre.

Abstraction faite de tout litige, le contrat de séquestre peut encore avoir lieu, d'après les juristes athéniens, lorsqu'une certaine somme d'argent, affectée à la rémunération d'un service non encore rendu, est déposée entre les mains d'un tiers. C'est en ce sens que Harpocration définit le μεσεγγύημα : τὸ ὁμολογηθὲν ἀργύριον παρ' ἀνδρὶ μέσῳ γινομένῳ ἐγγυητῇ τῆς ἀποδόσεως [2]. Les plaidoyers des orateurs renferment plusieurs exemples d'un semblable dépôt [3], et l'on peut conjecturer, d'après ces exemples, que cette espèce de séquestre présentait sa principale utilité dans le cas où le service à rendre était contraire à l'ordre public et où une action en justice aurait été impossible pour en obtenir le prix.

(1) V. toutefois Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 527.

(2) Harpocration, v° μεσεγγύημα. Cet auteur ajoute : καὶ μεσεγγυήσασθαι τὸ ποιῆσαι τοῦτο λέγεται. Un des lexiques de Séguier (Bekker, I, 279, 3) dit également : μεσεγγύημα : ἀργύριόν ἐστι παρά τινι κείμενον ἐν ὁμολογίᾳ τῶν δόντων ἐπὶ τῷ ὁτιοῦν διαπραξάμενον λαβεῖν αὐτό. Cf. Suidas, v° μεσεγγύημα.

(3) Lysias, *C. Philocr.*, § 6, parle de trois talents déposés chez un tiers par Ergoclès pour être remis aux orateurs si ceux-ci s'abstenaient de l'accuser ou parvenaient à le faire acquitter. Antiphon, *Sup. chor.*, § 50, dans un passage assez obscur, parle de certains individus qu'il qualifie de μεσεγγυησάμενοι et dans lesquels les uns voient ceux qui ont conseillé le crime, qui ont excité à le commettre par l'appât d'une récompense déposée en lieu sûr, tandis que d'autres

Nous ne trouvons, dans les sources, aucun renseignement relativement aux actions dérivant du séquestre. On peut toutefois admettre sans hésitation que si le tiers établi gardien refusait de restituer la chose, lorsque la condition prévue par les parties s'était réalisée, il pouvait être actionné par la δίκη παρακαταθήκης. Le séquestre, en effet, n'était vis-à-vis des parties qu'un dépositaire [1]. Si la difficulté survenait entre les déposants eux-mêmes, qui ne pouvaient s'accorder sur le point de savoir si la condition à laquelle était subordonnée la restitution de la chose séquestrée s'était ou non réalisée, la contestation était vraisemblablement tranchée au moyen de l'action ordinaire συνθηκῶν παραβάσεως [2].

SECTION V

Contrat de Société.

§ I. — Principes généraux.

Chez aucun peuple de l'antiquité peut-être plus qu'à Athènes on n'a mis en pratique le principe d'association. Abstraction faite des associations qui étaient en quelque sorte les organes de l'Etat et qui étaient constituées sur le modèle de celui-ci, comme les phratries, les dèmes et les tribus, il

entendent par là ceux qui ont reçu en dépôt les choses volées, les recéleurs. Cf. sur l'interprétation de ce texte : Platner, *Process*, II, p. 364 ; Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 525, note 3; Meier, Schœmann et Lipsius p. 711, note 659. V. d'autres cas de μεσεγγύημα *in* Démosthène, *C. Bœot.*, I, § 3 ; Isocrate, *C. Sophistas*, § 5 ; *Panath.*, § 13 ; Eschine, *C. Ctesiph.*, § 125. On voit aussi, dans Plutarque (*Aratos*, § 19), Aratos déposer chez un un banquier la récompense qu'il a promise à Erginos pour le cas où celui-ci lui faciliterait la prise de la citadelle de Corinthe.

(1) Caillemer, *Contrat de dépôt*, p. 525 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 712.

(2) Cf. les auteurs précités note 1.

existait une foule d'associations privées formées en vue des objets les plus divers, plaisir, religion, politique, industrie ou commerce. Aristote nous a laissé un tableau à peu près complet de toutes ces associations qui se mouvaient si librement dans le sein de la république athénienne et dont les avantages étaient reconnus de tous : « Les associations (κοινωνίαι) [1], dit-il, sont en quelque sorte des démembrements de la société politique. On s'associe pour donner satisfaction à quelque intérêt, pour se procurer quelqu'une des choses nécessaires à la vie. Ainsi la société politique a été originairement établie et subsiste pour l'intérêt commun ; les législateurs ne perdent jamais de vue cet objet, et ils déclarent juste tout ce qui est conforme à l'utilité générale. Les autres associations se proposent comme but une partie de cet intérêt commun. Les marins, par exemple, ont en vue l'intérêt qui résulte de la navigation, l'acquisition des richesses ou quelque autre avantage. Les soldats ont en vue l'intérêt qui résulte de la guerre; ils aspirent à la fortune, à la gloire ou aux conquêtes. Il en est de même des associations formées par les membres de la même tribu ou par les membres du même dème. D'autres associations semblent n'avoir pour but que le plaisir : telles sont celles des thiasotes et des éranistes; elles se sont formées pour offrir des sacrifices et pour fournir à leurs membres des occasions de réunion. Ces sociétés, en faisant des sacrifices, en prescrivant des réunions, en honorant les dieux et en donnant aux citoyens des prétextes pour se délasser agréablement, sont, comme les précédentes, subordonnées à la société politique; car

(1) Harpocration, v° κοινωνικῶν emploie également l'expression κοινωνία : περὶ τῶν ἑκούσιον κοινωνίαν συνθεμένων εὐπορίας ἤ τινος ἄλλου. Dans le registre des ventes immobilières de Ténos, on rencontre le mot κοινόν pour désigner une corporation, un collége. Le κοινόν figure ainsi dans des actes de vente soit comme vendeur (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 78, l. 76, p. 84, l. 114-115), soit comme acheteur (*ibid.*, p. 64, l. 24, 28), soit comme garant (*ibid.*, p. 74, l. 60). Dans une inscription d'Ephèse (*ibid.*, p. 24, l. 38) le mot σύστημα est probablement employé pour désigner une corporation.

ce n'est pas seulement l'intérêt présent que la société politique s'applique à protéger : elle se préoccupe de l'intérêt de la vie entière. Toutes les associations semblent donc n'être que des parties de la société politique. »

A la différence de ce qui avait lieu dans certaines républiques, où un gouvernement peu solidement établi et par suite soupçonneux s'efforçait d'isoler les individus pour pouvoir mieux les opprimer, l'Etat, à Athènes, laissait aux citoyens toute latitude pour s'associer. La liberté d'association était le droit commun, et, au témoignage de Gaius, elle avait été proclamée par une loi de Solon, qui, d'ailleurs, avait moins pour objet de reconnaître un droit que personne ne songeait à contester ou à restreindre, que de déterminer, au point de vue juridique, les effets des engagements contractés par les membres de la société [2]. Le jurisconsulte Gaius s'exprime ainsi : « Sodales sunt qui ejusdem collegii sunt, quam Græci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex pactionem quam sibi velint ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sex hæc lex videtur ex lege Solonis translata esse, nam illic ita est : ἐὰν δὲ δῆμος, ἢ φράτορες, ἢ ἱερῶν ὀργίων, ἢ ναῦται, ἢ σύσσιτοι, ἢ ὁμοτάφοι, ἢ θιασῶται, ἢ ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι ἢ εἰς ἐμπορίαν, ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους, κύριον εἶναι, ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ τὰ δημόσια γράμματα [3]. » Ainsi, dans le droit attique, de même que dans la législation des décemvirs, les associés ont toute liberté pour régler à leur gré les conditions de l'associa-

(1) Aristote, *Ethic. Nicom.*, VIII, 9, §§ 4-7 (traduction Caillemer, *Contrat de Société*, p. 1-2).

(2) Foucart, *Associations religieuses*, p. 47.

(3) L. 4, D. *De coll. et corpor.*, XLVII, 22. Cf. sur le texte de la loi de Solon : Cujas, *Observat.*, l. VII, 31 ; Saumaise, *Observat. ad I. A et R.* p. 89 et s. ; Hérault, *Observat. et emend.*, c. XLII ; Kriegel, *Corpus juris civilis*, l. 4, précitée ; Van Holst, *loc. cit.*, p. 37 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 3 ; Hermann-Thalheim, p. 111, note 4 ; Meier, *Ind. Schol. Hal. hib.* ; Lobeck, *Aglaoph.* p. 305 ; Petersen, *Der Geh. Gottesdienst bei den Griechen*, p. 42.

tion. La seule restriction qui leur soit imposée, c'est de ne pas déroger aux lois d'ordre public.

A Rome, du moins à l'époque impériale, aucune personne morale ne peut exister sans une autorisation législative [1]. La même règle était-elle suivie dans le droit attique? On n'est pas d'accord à ce sujet. Dans une opinion, on admet que, pour créer une corporation, il faut, en principe, une loi spéciale, car les corporations qui pouvaient être créées en vertu de la loi générale étaient uniquement les *Collegia religiosa* [2]. Un autre auteur enseigne également que, même pour certaines associations religieuses telles que celles des éranistes, si elles étaient libres de s'administrer intérieurement elles-mêmes, elles étaient tenues de se faire autoriser par l'Etat, et que c'est seulement après avoir été reconnues qu'elles devenaient des persones civiles et pouvaient notamment ester en justice [3]. Nous estimons au contraire que, d'une manière générale, les sociétés n'ont besoin d'aucune autorisation de l'Etat pour être investies de la personnalité civile. Il est un fait certain, c'est que les différentes associations mentionnées par la loi de Solon possèdent cette personnalité et, par suite, sont capables d'acquérir, de posséder et d'aliéner. Or on ne voit nulle part que la naissance de ces sociétés ait été subordonnée à une reconnaissance de la part de l'Etat. Il est vrai que, dans un discours d'Isocrate, nous voyons Nicoclès, roi de Chypre, dans les recommandations qu'il adresse à ses sujets, et qui doivent avoir pour eux force de loi [4], décider qu'aucune société ne pourra se former sans son autorisation [5]. Mais cette prohibition, qui se comprend sous un gouvernement monarchique, n'a aucun motif sous un régime aussi démocratique que

(1) L. 1, pr. D. *Quod cujusc. univ.*, III, 4.
(2) Dareste, *in Annuaire*, 1882, p. 11.
(3) Wescher, *in Revue archéologique*, t. XII, 1865, p. 220.
(4) Isocrate, *Nicocles*, § 62 : τοὺς λόγους τοὺς ἐμοὺς νόμους εἶναι νομίζοντες.
(5) *Ibid.*, § 54 : ἑταιρείας μὴ ποιεῖσθε μηδὲ συνόδους ἄνευ τῆς ἐμῆς γνώμης.

celui de la République athénienne. Il est même permis de tirer du discours d'Isocrate un argument *a contrario* assez fort en faveur de la solution que nous adoptons. Si, d'autre part, on admet qu'à Rome l'autorisation de l'Etat n'a été nécessaire pour la personnalité des sociétés que sur la fin de la République [1], il est fort vraisemblable que les décemvirs qui, suivant la tradition, avaient emprunté à la loi de Solon ses dispositions libérales concernant la composition des statuts, avaient dû également lui emprunter le principe de la liberté d'association. Quant à la distinction que l'on a voulu établir entre les *Collegia religiosa* et les autres associations, elle est purement arbitraire. La loi précitée de Solon ne renferme aucune restriction de ce genre ; elle signale, au contraire, à côté des associations ayant un caractère religieux, comme celles des orgéons et des thiases, les sociétés formées pour le commerce et pour la course, qui sont absolument étrangères à toute idée religieuse [2], et elle ne laisse soupçonner aucune différence entre les unes et les autres [3].

Le contrat de société, en raison de son importance et de la permanence des rapports de droit qu'il fait naître, devait être ordinairement, sinon toujours, constaté par un acte écrit. C'est ce que laisse même supposer la loi précitée de Solon lorsqu'elle dit : ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους. Lorsqu'il s'agissait d'associations importantes, on prenait même soin de faire graver sur pierre les statuts de la corporation, et c'est ainsi que nous sont parvenus la plupart

(1) Cf. en ce sens, Caillemer, *loc. cit.*, p. 11. *Contra*, Accarias t. I, n° 185.

(2) Guiraud (p. 386) observe toutefois que les anciens avaient l'habitude, chaque fois qu'ils se groupaient, de se placer sous la protection de quelque divinité, en sorte que la plupart des sociétés étaient religieuses, par ce point là. Mais, ajoute-t-il, cette condition n'était pas absolue et, dans beaucoup de cas, elle était tout à fait secondaire.

(3) Cf. en ce sens : Foucart, *Associations religieuses*, p. 47 ; Herman-Thalheim, p. 111 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 11 ; Guiraud, p. 386 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 733, note 733.

des renseignements concernant ces associations [1]. La rédaction d'un écrit relatant toutes les clauses du contrat, les droits et les devoirs respectifs des associés, pouvait prévenir, dans une certaine mesure, les contestations entre les associés pendant l'existence et lors de la liquidation de la société [2].

Aucune société ne peut valablement se former si les actes auxquels elle s'applique sont prohibés par la loi ou les bonnes mœurs [3]. Cette règle découle du principe général que nous avons précédemment posé sur la nécessité pour toute convention d'avoir un objet licite, et la loi de Solon en fait une application formelle au contrat de société, ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ τὰ δημόσια γράμματα [4]. En conséquence, l'Etat ne reconnaissait pas la légitimité des sociétés politiques nommées ἑταιρεῖαι, dans le sens restreint de ce mot [5] ; tout au plus les tolérait-il, car elles poursuivaient souvent des buts peu avouables et étaient toujours prêtes à agir pour amener des révolutions, ou tout au moins pour briguer des charges politiques ou pour peser sur les décisions des juges. Une loi [6] ouvre même l'action publique contre ceux qui seraient convaincus d'avoir formé un complot (ἑταιριά) pour le renversement de la démocratie. Nous ne voulons point d'ailleurs insister sur les hétairies, bien qu'elles aient joué un rôle important dans l'histoire d'Athènes, car ces

(1) V. notamment : νόμος ἐρανιστῶν, *Corp. inscr. att.*, II, n° 616, III, n° 13 ; νόμος des ὀργεῶνες, *ibid.*, II, n° 610 ; νόμος des θιασῶται, *ibid.*, II, n° 613.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 3-4 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 734.

(3) Cf. l. 37, D. *Pro socio*, XVII, 2 ; l. 70, § 5, D. *De Fidej.*, XLVI, 1.

(4) V. *supra*, p. 342.

(5) Dans un sens large ce mot peut s'appliquer à toute société. L. 4, D. *De colleg. et corp.*, XLVII, 22 : « Sodales sunt qui ejusdem collegii sunt : quam Græci ἑταιρείαν vocant. » A Gortyne, le mot ἑταιρεία avait une tout autre signification et désignait une association correspondant à la phratrie. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 410.

(6) Démosthène, *C. Steph.*, II, § 26 : ἢ ἑταιρίαν συνίστῃ ἐπὶ καταλύσει τοῦ δήμου. Cf. Démosthène, *C. Timocr.*, § 144 ; Lycurgue, *C. Leocr.*, §§ 125. V. Thonissen, p. 196 et s.

sociétés ont un caractère exclusivement politique [1]. On pourrait croire que le droit attique a dérogé sur un point à la règle concernant la nécessité d'un objet licite en reconnaissant la validité des associations formées par ceux ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι. Mais nous verrons que ces expressions de la loi de Solon se réfèrent non point à des associations pour le brigandage, ainsi qu'on l'a prétendu, mais à des sociétés constituées pour la course sur mer ou sur terre en temps de guerre [2].

Il est assez difficile de déterminer les effets généraux du contrat de société dans le droit attique, car les indications que les sources nous fournissent à cet égard sont absolument insignifiantes. Il est certain, tout d'abord, qu'une société ne se comprenant pas sans que chaque associé s'engage à mettre quelque chose en commun, le premier effet du contrat est d'obliger chacune des parties à réaliser son apport. La loi de Solon, en reconnaissant la validité des diverses obligations contractées par les associés, confère par cela même à la société le droit de recouvrer les sommes qui peuvent lui être dues par les associés au titre que nous venons d'indiquer [3]. Il faut dire également que chaque associé doit garantie, soit à raison de l'éviction totale ou partielle de ses apports, soit à raison des vices qui en diminuent sensiblement la valeur.

D'une manière plus générale, les associés doivent se soumettre à tous les statuts de la société. Quelquefois, surtout dans les associations politiques ou religieuses, les statuts infligent une amende pour le cas d'infraction aux règlements, et les administrateurs de la société peuvent alors en poursuivre le recouvrement [4].

(1) Cf. Schœmann-Galuski, t. I, p. 415 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 54 ; Vischer, *Die oligarchische Partei und die Hetaerien in Athen*, Bâle 1856 ; Hermann Büttner, *Geschichte der politischen Hetaerien zu Athen*, Leipsig, 1840 ; Hermann-Thumser, p. 709.

(2) V. *infra*, p. 363.

(3) Cf. Foucart, *loc. cit.*, p. 49.

(4) Foucart, *loc. cit.*, p. 191, n° 4, l. 8-11 : ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιεῖ,

Par une conséquence du même principe, les associés répondent les uns envers les autres de leur dol et de leur faute. Celui d'entre eux qui cause un dommage à la société en doit donc la réparation et peut être actionné en justice de ce chef. Cette règle, qui va de soi, est formellement consacrée par un texte de Lycurgue [1]. Pour le dol, il n'y a pas de difficulté : toute fraude commise par un associé le rend responsable envers la société, et Aristote nous dit même à ce sujet que le mal est plus grand lorsqu'on se rend coupable de fraude envers un associé que lorsqu'on fait tort au premier venu [2]. Mais il y a plus de difficulté en ce qui concerne la faute. En droit romain, on dérogeait ici à la rigueur commune en tenant compte, d'abord, de l'esprit de fraternité qui doit animer tous les associés et, en second lieu, de ce que les affaires de tous étant en même temps les affaires de chacun, ils sont naturellement portés à agir pour la société comme ils agiraient pour eux-mêmes. En conséquence, on les tenai quittes de toute responsabilité lorsqu'ils prouvaient n'avoir pas été moins soigneux des intérêts communs que de leurs intérêts purement personnels [3]. Les considérations que nous venons d'exposer ont probablement été reçues dans le droit attique, et la responsabilité des associés en ce qui concerne la faute devait être appréciée moins sévère-

κύριοι ἔστωσαν οἱ ὀργεῶνες τὴν παραβαινοῦσαν τι τῶν γεγραμμένων μεχρὶ δραχμῶν πεντήκοντα καὶ εἰσπρασσόντων τρόπωι ὅτωι ἂν αὐτοῖς δοκῆι. *Ibid.*, p. 205, n° 22, l. 24-25 : ἡ δ' εἴσπραξις ἔστω τοῖς θιασώταις καθάπερ καὶ τὰ ἄλλα ὀφειλήματα.

(1) Lycurgue, *C. Leocr.*, § 19 : κατηγοροῦντα τούτου ἐν τῷ δήμῳ ὡς καὶ μεγάλα καὶ βλάβους εἴη τὴν πεντηκοστὴν μετέχων αὐτοῖς. Ce texte semble dire que l'action dirigée contre Léocrate fut portée devant l'assemblée du peuple. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 4. Mais il s'agit là plutôt, croyons-nous, du tribunal ordinaire. Suivant Lipsius (sur Meier et Schœmann, p. 735, note 739), il est question dans ce texte non d'une action proprement dite, mais d'une plainte faite dans l'assemblée du peuple.

(2) Aristot., *Ethic. Nicom.*, VIII, 9, § 3 ; χρήματα ἀποστερῆσαι ἑταῖρον δεινότερον ἢ πολίτην.

(3) Inst. Just., §, 9, *De societate*, III, 25. Cf. Accarias, t. II, n° 627.

ment que dans un contrat ordinaire. C'est ce que l'on peut induire de ce précepte d'Aristote qu'entre associés tout doit se passer comme entre amis, ἐν κοινωνίᾳ γὰρ ἡ φιλία [1], maxime qui correspond à la règle des jurisconsultes romains : « Societas jus quodammodo fraternitatis in se habet » [2].

Le droit de gérer les affaires communes est ordinairement déterminé par les clauses de l'acte d'association, soit que celui-ci confie l'administration à un seul associé, soit qu'il la divise entre tous ou entre quelques-uns. Dans le silence du contrat, chaque associé doit avoir le droit et en même temps l'obligation de cette gestion : c'est une règle qui découle de la nature même des choses. Mais, par suite de la personnalité morale dont est investie la société, chacun de ses membres n'a personnellement aucun droit sur les propriétés de l'association et ne peut ni les aliéner, ni consentir sur eux aucun droit réel. C'est ainsi qu'une inscription de Chio mentionne que la jouissance des terrains possédés par la corporation des Clytides appartient non pas à chaque Clytide en particulier, mais à tous les Clytides conjointement, et que nul d'entre eux n'a qualité pour en revendiquer ou pour en accorder à autrui l'usufruit [3].

Les sociétés, investies de la personnalité morale, peuvent,

(1) Aristote, *loc. cit.*, VIII, 9, § 1.

(2) L. 63, D. *Pro socio*, XVII, 2. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 4.

(3) Dittenberger, *Sylloge*, 360, l. 24 et s. : ἔγνωσαν Κλυτίδαι τῶι ἱερῶι οἴκωι τῶν Κλυτιδῶν.... καὶ τῶι χώρωι τῶι πρὸς τῶι οἴκωι χρῆσθαι Κλυτίδας κοινῆι, φατρίαν δὲ μηδὲ ἰδιώτην μηθένα τῶι οἴκωι τούτωι χρῆσθαι μηδὲ ἄλλωι δοῦναι χρήσασθαι μηθενί. Pour établir que les membres d'une société n'ont personnellement aucun droit sur ses propriétés, Guiraud (p. 386-387) cite plusieurs autres textes. Telle est notamment la stipulation insérée dans le testament de Théophraste que nul, parmi ses légataires, « ne pourra s'approprier le verger, mais qu'ils le possèderont tous en commun, et qu'ils en règleront l'usage entre eux comme entre parents et amis ». (Diogène Laërce, V, 53). Telle est encore la clause analogue qui est insérée dans le testament d'Epictèta (Cauer, *Delect.*, 148, II, l. 10 et s.). Mais ces textes ne sont nullement concluants, car l'indisponibilité dont ils parlent résulte d'une clause formelle de l'acte constitutif de la corporation et qui s'impose aux membres dont celle-ci se compose.

par leurs représentants, figurer dans tous les actes juridiques qui ne comportent point nécessairement la personnalité physique, et elles peuvent exercer tous les droits reconnus aux personnes physiques sans que l'Etat intervienne jamais dans leurs affaires et sans que son approbation soit jamais nécessaire pour valider leurs actes [1]. Les sociétés ont, en conséquence, le droit de posséder et d'acquérir. La loi leur reconnaît le droit de propriété foncière aussi bien que celui de propriété mobilière, alors même qu'il n'existe entre leurs adhérents aucun rapport de parenté. Les inscriptions attiques [2] mentionnent fréquemment l'acquisition d'immeubles, sous forme de vente à réméré, par des orgéons, des thiases ou des éranes [3]. Les orgéons du Pirée possédaient des biens-fonds dont ils employaient les revenus à la construction du temple [4].

Les associations que nous venons de mentionnner comprenaient souvent des étrangers ou des affranchis [5]. Mais il n'y avait point là un obstacle au droit de l'association d'acquérir des immeubles, car la propriété de ces biens résidait non point sur la tête des divers associés considérés individuellement, mais sur celle de la personne morale que constituait la société, et qui était une société athénienne. Il nous semble toutefois impossible d'admettre qu'une société composée exclusivement d'étrangers ait pu acquérir et posséder des immeubles en Attique, car l'association aurait fourni aux étrangers un moyen trop commode pour éluder les règles prohibitives de l'ἔγκτησις γῆς καὶ οἰκίας.

Les sociétés peuvent non seulement posséder et acquérir en leur propre nom, elles ont également toute liberté pour

(1) Guiraud, p. 382.

(2) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 112 et s., nos 29, 38, 50, 57, 58, 59, 60.

(3) Cf. les autres cas, étrangers à l'Attique, cités par Guiraud, p. 385 et par Foucart, *loc. cit.*, p. 48.

(4) Foucart, *loc. cit.*, p. 189, no 2, l. 9.

(5) V. Foucart, *loc. cit.*, p. 6.

aliéner [1]. Quelquefois cependant les droits de la corporation peuvent être restreints relativement aux immeubles qu'elle tient de la libéralité d'un tiers. Lorsqu'une clause de l'acte de donation déclare une terre inaliénable, elle a pour effet de rendre impossible toute aliénation aussi bien par la société elle-même que par l'un quelconque des associés. Ainsi lorsqu'Epictéta décide, dans son testament, que tel immeuble ne pourra être vendu, elle entend par là toute aliénation consentie même par la communauté qu'elle fonde [2]. Mais quand l'immeuble a été acquis par elle sans aucune condition ni réserve, la société a toute liberté pour en disposer par vente ou autrement. C'est ce qui explique les différentes transactions mentionnées par le registre de Ténos et dans lesquelles interviennent plusieurs corporations [3]. Comme dernière conséquence de la personnalité civile des sociétés, nous signalerons le droit qu'elles possèdent d'ester en justice. Elles peuvent actionner non seulement leurs propres membres [4], lorsque ceux-ci contreviennent aux engagements qu'ils ont contractés, mais encore les tiers débiteurs de la société [5].

La répartition des bénéfices et des pertes entre les associés est ordinairement réglée par la convention des parties. A défaut de convention, cette répartition doit se faire proportionnellement à la valeur des apports respectifs. Aristote nous dit formellement qu'il en est ainsi dans les associations

(1) Le registre des ventes immobilières de Ténos mentionne un certain nombre d'achats ou de ventes consentis par des corporations. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 68 et s., nos 11, 23, 31, 44, 45. Ces corporations vendent et achètent sans qu'il soit fait mention d'aucune formalité spéciale.

(2) Cauer, 148, VIII, l. 2 et s. Cf. Guiraud, p. 388.

(3) V. *supra*, note 1. Cf. Guiraud, p. 388.

(4) V. Foucart, *Associations religieuses*, p. 191, n° 4, l. 9-10 ; p. 205, n° 22, l. 24-25.

(5) Une inscription athénienne citée par Rangabé (*Antiq. hellén.*, n° 881) renferme un catalogue de phiales consacrées par des plaideurs qui ont gagné des procès que leur avaient intentés des sociétés d'éranistes. Cf. Foucart, *loc. cit.*, p. 41.

de capitaux, où le profit est proportionnel à l'apport de chacun : ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω [1]. La répartition des pertes doit se faire également suivant le même principe [2].

La société peut prendre fin de différentes manières. Il se peut d'abord qu'elle n'ait été contractée que pour un certain temps ou pour une certaine opération (*societas unius rei*). Une société peut être contractée, en second lieu, sans qu'on assigne de terme à son existence, comme les associations des éranistes, des thiasotes ou des orgéons [3]. Comme exemple de société de la première espèce on peut citer celle qui a été contractée entre Pamphile et un associé auquel Libanius donne le nom de Darios, société dont il est question dans le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore [4]. En pareil cas, la société se dissout soit par l'arrivée du terme fixé par les contractants, soit par l'achèvement de l'opération qu'ils avaient en vue. Outre ces causes de dissolution tenant à la volonté des parties, la plupart des législations en ont admis d'autres fondées sur cette idée que la société se contracte *intuitu personæ* :

(1) Aristote, *Eth. Nicom.*, VIII, 14, 1.

(2) Cf. Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 123. En cas de ναυκληρία, la répartition des pertes cause quelquefois de grands tracas au ναύκληρος. Le poète Diphile nous le montre :

Ὁμοῦ δὲ ταῖς σπονδαῖσι διαλογίζεται
Τοῖς συμπλέουσιν ὁπόσον ἐπιβάλλει μέρος.

Cf. Athénée, liv. VIII, ch. 39, p. 294 et *Fragm. comic. græc.*, (Didot), p. 638.

(3) Suivant Petit (*Leges atticæ*, p. 525, note 1), la loi de Solon aurait consacré cette distinction entre les sociétés temporaires et les sociétés perpétuelles. Ne pouvant, en effet, se résoudre à admettre le texte : ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι, il propose de lire ἢ ἐπὶ ἀεὶ ἂν οἰχόμενοι ἢ εἰς ἐμπορίαν, et il ajoute : « Societates contrahuntur vel ad tempus aliquod, ut εἰς ἐμπορίαν, negotiationis alicujus causa, vel in tantum quantum vitæ supererit tempus, id, εὐφημίας ergo, sed non sine ἐπανορθώσει, dixit eleganter admodum et verecunde Solon, ἐπὶ ἀεὶ ἄν ; id est in sempiternum tempus, si quid sempiternum esse possit ; atque ita expressit quod volebat : quandiu vita suppetet. » Mais cette interprétation ne nous paraît pas admissible, car nous croyons à l'exactitude du texte ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι, et nous verrons qu'on peut en donner une explication très satisfaisante. V. *infra*, p. 364 et s.

(4) Démosthène, *C. Dionysod.*, §§ 1, 5, 6, 7.

telles sont notamment la renonciation et la mort de l'un des associés. Nous ne pouvons, dans le silence des sources à cet égard, déterminer dans quelle mesure ces évènements pouvaient, dans le droit attique, influer sur l'existence de la société. On peut dire seulement qu'une distinction s'imposait sur ce point entre les sociétés proprement dites et les associations telles que les thiases ou les éranes et que, dans ces dernières, la disparition de l'un des associés était un fait indifférent. On doit admettre, d'autre part, que lorsque la société a été contractée *in perpetuum*, c'est-à-dire lorsque sa durée n'a pas été fixée d'avance par les statuts, l'un des associés peut se retirer et réclamer sa part dans l'actif social [1].

Une fois la société dissoute, soit absolument, soit relativement à l'associé renonçant, il faut liquider les droits respectifs des parties. Cette liquidation, et le partage qui en est la conséquence, peuvent d'abord avoir lieu à l'amiable. Il en est ainsi alors même que parmi les intéressés se trouve un incapable, tel qu'un mineur. On voit, en effet, dans un plaidoyer de Démosthène, que les tuteurs d'Apollodore ont procédé pendant la minorité de celui-ci au partage des biens compris dans la société financière qui avait existé entre le banquier Pasion, père d'Apollodore, et son affranchi Phormion [2].

Lorsque les associés ne peuvent pas se mettre d'accord pour liquider et partager à l'amiable l'actif social, l'action à laquelle il y a lieu de recourir en pareil cas est la δίκη εἰς δατητῶν αἵρεσιν. Cette action correspond, ainsi que nous l'avons précédemment observé [3], non seulement à l'action *familiæ erciscundæ* du droit romain, mais encore à l'action *communi dividundo*. Nous avons admis que la δίκη εἰς

(1) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 5.

(2) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§ 8, 9. Cf. Caillemer, *loc. cit.*

(3) *Supra*, t. III, p. 642 et s.

δατητῶν αἵρεσιν appartient à la compétence de l'archonte éponyme même lorsqu'elle s'applique au partage d'une société [1]. La procédure de cette action est également la même qu'en cas de partage d'une succession.

L'action εἰς δατητῶν αἵρεσιν, dérivant du fait de l'indivision, a pour but essentiel le partage et suppose la dissolution de la société. Mais, pendant la durée de celle-ci, des difficultés peuvent survenir entre les associés relativement à l'exécution par eux des obligations nées du contrat. Il s'agit, par exemple, d'obtenir la réalisation d'un apport, la mise en commun d'un bénéfice, le payement d'une amende encourue pour infraction aux statuts. En droit romain, l'action *pro socio* était employée dans ces hypothèses et dans d'autres semblables. Il ne semble pas que le droit attique ait admis ici une action spéciale, comme l'action romaine que nous venons de citer, ou du moins nous n'en trouvons aucune trace dans les textes. Aussi a-t-on conjecturé, avec assez de vraisemblance, que l'on peut employer ici soit l'action générale donnée en cas d'inexécution des contrats, la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως, soit l'action βλάβης en cas de préjudice souffert par la société [2]. Les actions entre associés (κοινωνικαὶ δίκαι) appartenaient, d'après Aristote, à la compétence des εἰσαγωγεῖς, c'est-à-dire qu'elles étaient considérées comme requérant célérité et qu'elles devaient être jugées dans le mois (ἔμμηνοι δίκαι).

Au surplus, la liquidation de la société était singulièrement facilitée le plus souvent par le système de comptabilité pratiqué à Athènes. La tenue des livres ou registres ne se bornait pas, en effet, aux seuls banquiers. Les particuliers eux-mêmes, ainsi qu'on le voit par des allusions d'A-

(1) *Supra*, t. III, p. 644.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 735, qui argumentent en ce sens du texte précité de Lycurgue, p. 347, note 1 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 5 ; Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 124.

ristophane [1], tenaient, en Grèce comme à Rome, leurs livres de comptes. Les comptes des associés devaient donc, en général, se débrouiller assez facilement, à moins de fraude et de mauvaise foi [2].

§ II. — Des diverses espèces de sociétés.

Il existait à Athènes, comme nous l'avons déjà observé, une foule d'associations d'ordres les plus divers dont nous devons signaler rapidement les principaux traits. Laissant entièrement de côté les associations qui, comme les phratries, les dèmes et les tribus, appartiennent exclusivement au droit public, nous nous bornerons à des notions très sommaires sur les sociétés ayant un caractère religieux, comme celles des éranistes, des thiasotes, des orgéons et des gennètes. Nous nous occuperons spécialement, du reste, dans le paragraphe suivant, des sociétés ayant un but commercial [3].

1° *Sociétés d'éranistes.*

L'érane primitif fut, comme nous l'avons déjà dit [4], un repas amical à frais communs, un pique-nique, pour employer une expression familière d'aujourd'hui. Peu à peu les réunions auxquelles participaient ces amis, au lieu d'être exceptionnelles, devinrent régulières. Les mêmes personnes prirent l'engagement de s'assembler à des époques déterminées, et elle se formèrent en une société que l'on nomme également ἔρανος. Celui-ci peut donc être défini une association permanente de personnes, formée par l'amitié et pour le plaisir, qui se réunissent à des inter-

(1) Aristophane, *Nubes*, v. 19 : κἄκφερε τὸ γραμματεῖον, ἵν' ἀναγνῶ λαβὼν ὁπόσοις ὀφείλω. Cf. Xénophon, *Agésilas*, I, 18.

(2) Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 125.

(3) Lüders, dans une dissertation intitulée *Quæstionum de collegiis artificum scenicorum prolusio*, a donné la liste d'un grand nombre de sociétés grecques.

(4) V. *supra*, p. 258.

valles périodiques pour célébrer un repas commun [1]. Les éranes, qui existaient déjà en grand nombre à l'époque des orateurs [2], se multiplièrent surtout aux époques macédonienne et romaine. Bien que constituées en apparence sous une forme commune, ces sociétés avaient, en réalité, des objets très divers : ce pouvaient être des associations politiques, ou des associations de bienfaisance. Mais c'étaient surtout des associations religieuses, car la religion joue un rôle considérable dans leur organisation et dans leur fonctionnement [3].

Les sociétés d'éranistes, pas plus que les autres, n'étaient point tenues de se faire autoriser par l'Etat [4]. Elles avaient toute liberté pour rédiger leur règlement (νόμος), qui pouvait d'ailleurs être complété ou modifié par des décrets (ψηφίσματα) de l'assemblée. Celle-ci, composée de tous les membres de l'association, réunissait tous les pouvoirs relatifs à l'administration des affaires sociales ; son contrôle était incessant et son autorité absolue. Elle se réunissait à époques fixes, ordinairement dans l'enceinte sacrée de l'association, le τέμενος. Dans cette assemblée on nommait notamment les magistrats réguliers chargés de l'expédition des affaires ou de la gestion des biens de la société [5].

Les sociétés d'éranistes étaient accessibles non seulement à ceux qui avaient la qualité de citoyen, mais encore aux étrangers et aux affranchis. Les femmes n'en étaient pas exclues. Enfin les esclaves eux-mêmes pouvaient être admis dans l'association. Tous les membres de la société, quelle que fût leur origine ou leur condition, jouissaient des mêmes droits et pouvaient être investis d'une des magistratures reconnues par l'association. Mais aussi nul ne pouvait être admis dans une société d'éranistes qu'à la

(1) Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*.

(2) V. les fragments du discours de Dinarque, *Orat. att.*, (Didot) II, p. 466.

(3) V. Foucart, *Associations religieuses*.

(4) V. *supra*, p. 343.

(5) Foucart, *loc. cit.*, p. 12 et s.

suite d'une enquête faite sur ses qualités par les dignitaires de la société [1].

Ces dignitaires étaient eux-mêmes assez nombreux, les uns étant désignés par le sort, d'autres nommés par les suffrages de leurs confrères. Nous signalerons parmi eux le προστάτης, sorte de patron ou de président honoraire de la société et conservant ses fonctions toute sa vie, l'ἀρχιερανιστής ou ἀρχέρανος, président annuel et effectif de la société, le secrétaire, γραμματεύς, les trésoriers, ταμίαι, les syndics, σύνδικοι, et les commissaires, ἐπιμεληταί. Les fonctions religieuses étaient exercées tantôt par un prêtre ou une prêtresse, tantôt par des ministres nommés ἱεροποιοί. Ces différents magistrats étaient tous annuels. Ils prêtaient serment avant d'entrer en charge, et à la fin de l'année rendaient compte de leur gestion à l'assemblée. Celle-ci pouvait leur décerner des récompenses honorifiques ou pécuniaires s'ils s'étaient bien acquittés de leurs charges [2].

Chaque société d'éranistes avait son patrimoine comprenant non seulement les sommes versées dans la caisse commune mais quelquefois aussi des immeubles importants. La caisse sociale s'alimentait par des sources différentes : 1° les cotisations périodiques [3] versées par chacun des membres. Cette cotisation, qui s'appelait aussi ἔρανος, devait varier avec chaque société ; elle était de trois drachmes dans la société des Héroïstes. 2° Les sommes versées par chaque nouveau membre, comme droit d'entrée, lorsqu'il était admis dans l'association. 3° Certaines autres redevances payées par les membres de la société, à l'occasion, par

(1) Cf. Caillemer, *Contrat de société*, p. 13 et s. ; Foucart, p. 5 et s.

(2) Caillemer, *loc. cit.*, p. 16 et s. ; Foucart, p. 20 et s.

(3) Suivant Harpocration, v° ἐρανιστής, la cotisation était mensuelle : ἐρανιστὴς μέντοι κυρίως ἐστὶν ὁ τοῦ ἐράνου μετέχων καὶ τὴν φορὰν ἣν ἑκάστου μηνὸς ἔδει καταβαλεῖν εἰσφέρων. C'est également l'opinion de Caillemer (*Contrat de société*, p. 20) et de Foucart (*loc. cit.*, p. 42). Wescher (*Revue archéologique*, t. XI, 1865, p. 503) croit, au contraire, que la contribution était annuelle. Le mode de payement pouvait, à notre avis, différer suivant les sociétés.

exemple, du repas en commun. 4° Les amendes encourues par les associés. 5° Les revenus des biens fonds. A ces ressources normales s'ajoutaient quelquefois les sommes dont des citoyens riches et généreux gratifiaient la corporation. Avec ces ressources ordinaires ou extraordinaires, l'association avait à pourvoir à des dépenses diverses, comme l'établissement et l'entretien du sanctuaire, les frais du culte et des fêtes, les frais des récompenses décernées par la société et le salaire des magistrats. Lorsque, après l'acquittement de tous ces frais, il restait un excédent dans la caisse sociale, les trésoriers, au lieu de conserver improductifs les capitaux disponibles, cherchaient à les placer, et ils se préoccupaient surtout de trouver des placements tout à fait sûrs. Ils achetaient, en conséquence, des immeubles, ou prêtaient sur hypothèque, et cela sous la forme d'hypothèque offrant le plus sécurité, celle de la πρᾶσις ἐπὶ λύσει [1].

Des difficultés pouvaient s'élever dans les rapports des associés entre eux. C'est l'un d'eux qui, par exemple, ne payait point sa contribution mensuelle ou annuelle, ou bien l'éranarque qui n'employait pas les revenus de la société conformément à la destination convenue. Ces difficultés pouvaient-elles être tranchées au moyen des δίκαι ἐρανικαί dont nous avons parlé à propos de l'érane-prêt? On n'est pas d'accord à ce sujet. Dans une opinion, les δίκαι ἐρανικαί ne seraient applicables qu'à l'érane-prêt et demeureraient étrangères à l'érane-société [2]. Dans une seconde opinion, on décide que ces actions ne s'appliquent pas aux sociétés d'éranistes, lorsque ces sociétés restaient étrangères aux opérations de lucre ou de finance [3]. Aucune de ces opinions ne nous paraît exacte.

(1) V. les inscripitions citées *supra*, p. 349, note 2. V. sur les finances des sociétés d'éranistes : Foucart, *loc. cit.*, p. 42 et s.; Caillemer, *Contrat de société*, p. 20 et s.

(2) Hérault, *Observ. et emend.*, c. 44.

(3) Van Holst, *De eranis*, p. 130 : Judicia eranistica non nisi ad corpora publicæ utilitatis et communis quæstus gratia instituta pertinebant.

Les distinctions qu'elles établissent, soit entre les deux espèces d'érane, soit entre les divers collèges d'éranistes, ne reposent sur aucun fondement : Il paraît plus naturel d'appliquer les δίκαι ἐρανικαί à tous les cas d'érane, qu'il s'agisse d'un prêt ou d'une société, car les auteurs qui, comme Pollux [1] et Aristote [2], font mention de ces actions, ne laissent supposer aucune des distinctions que nous avons indiquées. On peut, au surplus, alléguer dans le même sens le titre même du discours prononcé par Dinarque (λόγος ἐρανικός) [3] dans une affaire où il s'agissait de faire rentrer la contribution d'un éraniste [4].

On a voulu, d'autre part, attribuer l'hégémonie des δίκαι ἐρανικαί à l'éranarque et leur jugement aux membres du collège. On peut alléguer en ce sens un passage de Démosthène [5], où l'orateur, s'adressant aux juges appelés à statuer sur l'acusation dirigée contre Aristogiton, leur dit : « Faites comme si vous siégiez en qualité d'éranistes. Obéir aux lois, c'est ressembler à l'associé qui verse intégralement son apport pour le bien de tous : cela mérite un éloge public. Mais la désobéissance aux lois doit être punie » [6]. C'est toutefois, à notre avis, donner à ce texte une signification qu'il n'a point. Les membres de l'érane exercent, sans doute, une certaine juridiction sur leurs collègues et, de même qu'ils peuvent leur décerner des récompenses honorifiques,

(1) Pollux, VIII, 88.

(2) Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 52.

(3) Harpocration, v° ἄλογοι ἐρανισταί : μήποτε οἱ μήπω ἐξειλεχότες τὸ ἐπιβάλλον ἑαυτοῖς κατὰ τὴν ἐκ τῆς περιόδου τάξιν τῶν ὀνομάτων εἰς ἔρανον ἐκφερομένων· Δείναρχος ἐν τῷ κατὰ τῶν Πατροκλέους παίδων ἐρανικῷ.

(4) Cf. en ce sens : Caillemer, *loc. cit.*, p. 31 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 642 ; Hermann-Thalheim, p. 113, note 1 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*.

(5) Démosthène, *C. Aristogit.*, I, § 21 : δεῖ πάντας ὑμᾶς τὸν αὐτὸν τρόπον ὥσπερ ἂν εἰ καθῆσθε ἐράνου πληρωταὶ κτλ.

(6) Hérault, *loc. cit.* Hermann-Thumser (p. 596), est également disposé à croire à l'institution de tribunaux spéciaux pour juger les δίκαι ἐρανικαί. Cf. Heffter, p. 403.

ils ont également le droit de leur infliger des blâmes et même des amendes s'ils contreviennent aux dispositions du règlement. Mais, en supposant que l'associé frappé par une décision de l'assemblée refuse de s'y soumettre et de payer son amende, ou qu'il ne verse pas sa cotisation conformément aux statuts, il y a lieu à une δίκη ἐρανική dont l'instruction appartient, d'après les déclarations formelles de Pollux et d'Aristote, aux εἰσαγωγεῖς [1]. Cette action rentre, d'après les mêmes auteurs, dans la catégorie des ἔμμηνοι δίκαι ou affaires urgentes qui doivent être jugées dans le mois [2].

2° *Thiases.*

Les θίασοι, ainsi que le démontre l'étymologie même de de ce nom, telle que la donne Athénée [3] (θεός), étaient des associations ayant un caractère avant tout religieux [4]. Ils ont probablement eu à l'origine, pour les nouveaux citoyens, la même signification qu'avaient les γένη pour les citoyens qui pouvaient se rattacher à l'une des anciennes familles de l'Attique. Les phratries, postérieurement à Euclide, se partageaient même en un certain nombre de thiases, ainsi que le prouve le décret célèbre de la phratrie des Démotionides, et nous avons signalé précédemment le rôle joué par la thiase lors de l'introduction d'un enfant dans la phratrie [5]. A une époque qu'il est assez difficile de préciser, et que l'on peut placer à partir d'Alexandre, les thiases, qui primitivement se différenciaient des éranes, revêtirent le même caractère. Ainsi Aristote employait les

(1) V. *supra*, p. 358, notes 1 et 2. Caillemer (*loc. cit.*, p. 33) attribue à tort cette action à l'hégémonie des thesmothètes.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 642 ; Hermann-Thalheim, p. 113, note 1 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*.

(3) Athénée, VIII, 64.

(4) Cf. Harpocration, v° θίασος : ἔστι τὸ ἀθροιζόμενον πλῆθος ἐπὶ τελετῇ καὶ τιμῇ θεῶν.

(5) V. *supra*, t. I, p. 346 et s. Il semble que dans certaines phratries, comme celle des Démotionides, il n'y ait plus que des thiases et que tous les anciens γένη aient disparu. Cf. Gilbert, I, p. 164 ; Hermann-Thumser, p. 321.

mots thiase et érane pour désigner des associations d'une nature analogue dont les membres se réunissaient pour célébrer en commun des festins et des sacrifices [1]. Pour Athénée, les deux termes sont synonymes [2]. Les thiases adoptèrent également une organisation semblable à celle des éranes, avec une simple différence dans les titres. Ainsi à côté des simples membres, θιασῶται, on rencontre tout le personnel des magistrats que nous avons signalés à propos des éranes, notamment un ἀρχιθιασίτης ou θιάσαρχης, correspondant à l'ἀρχιερανιστής. Ce que nous avons dit des collèges d'éranistes peut donc s'appliquer aux thiases. Ceux-ci notamment, possédant la personnalité civile, peuvent contracter, placer leurs fonds, prendre hypothèque, etc [3].

3° *Collèges d'orgéons.*

Les ὀργεῶνες, comme les éranistes et les thiasotes, sont les membres d'une association ayant avant tout un caractère religieux [4]. Les grammairiens semblent considérer comme synonymes, d'une part les expressions θιασῶται et ὀργεῶνες [5] et, d'autre part, les expressions γεννῆται, ὁμογάλακτες et ὀργεῶνες [6]. Aussi bien des systèmes différents ont-ils été proposés relativement à la signification de ce dernier mot. Nous ne pouvons les exposer ici. Nous nous bornerons à dire que l'explication la plus vraisemblable est celle qui voit dans les collèges d'orgéons des associations analogues aux γένη, mais comprenant, de même que les thiases, les

(1) Aristote, *Ethic. Nicom.*, VIII, 9, 7.

(2) Athénée, VIII, 64.

(3) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 112, n° 29. Cf. sur l'organisation des thiases : Foucart, *Associations religieuses* ; Gilbert, I, p. 164, 215, 216, 235 ; Hermann-Thumser, p. 321.

(4) Suidas, v° ὀργεῶνες : οἱ τοῖς ἰδίᾳ ἀφιδρυμένοις θεοῖς ὀργιάζοντες. Cf. Harpocration, v° ὀργεῶνας ; Photius, *Lexic.*, p. 344 ; Lexic. Seguer. (Bekker), p. 19', 25.

(5) Cf. Lexic. Seg. (Bekker), p. 264, 23 : θιασώτης· ὁ κοινωνὸς τῶν θυσιῶν· ἐκαλοῦντο δὲ καὶ οὗτοι ὀργεῶνες.

(6) Pollux, III, 52.

nouveaux citoyens à qui étaient fermés les anciens γένη [1]. Les nouvelles associations jouissaient, sans doute, d'une moindre considération que les γένη, mais elles jouaient le même rôle dans le sein de la phratrie, et il vint un moment où, les γένη ayant presque entièrement disparu, certaines phratries ne comprirent plus que des collèges de thiasotes ou d'orgéons [2]. Ces collèges avaient, en conséquence, dans l'intérieur de la phratrie, des attributions semblables à celles de la *gens* [3].

Les orgéons, considérés comme formant une corporation, ont une organisation analogue à celle des thiases et des éranes. Leur condition légale est la même [4]. Ainsi on voit un collège d'orgéons acquérir par une πρᾶσις ἐπὶ λύσει un immeuble affecté à la garantie d'un prêt fait par l'association avec ses capitaux [5].

4° Γένη.

Les γένη ont, ainsi que nous l'avons vu, survécu à la disparition du régime patriarcal [6], et ils se sont maintenus assez longtemps, à côté des thiases et des orgéons, comme associations religieuses fondées sur les liens d'une parenté quelquefois fort éloignée et même impossible à déterminer. Envisagés comme corporation, les γένη possédaient la personnalité civile et, comme tels, pouvaient être propriétaires de biens meubles ou immeubles. Des inscriptions attiques nous signalent, par exemple, la maison des Kérykes [7], un terrain des Médontides [8], un champ des Kéry-

(1) V. *supra*, t. I, p. 11.
(2) V, *supra*, p. 359, note 5.
(3) Cf. Philippi, *Beitraege*, p. 197 et s. ; Caillemer, *Contrat de société* p. 38; Hermann-Thumser, p. 318 et s. ; Gilbert, I, p. 165, 235.
(4) Cf. Foucart, *Associations religieuses*.
(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, n° 59.
(6) V. *supra*, t. I, p. 12.
(7) *Corp. inscr. att.*, II, 834 *b*.
(8) *Ibid.*, I, 497

kes [1], un sanctuaire des Krokonides [2], un temple des Salaminiens [3]. Le droit de propriété des γένη est également attesté par des documents relatifs à d'autres cités [4]. Le γένος, ne pouvant agir par lui-même directement, a un chef qui le représente (ἄρχων τοῦ γένους) et à qui il confie par décrets certaines missions, comme celle d'élever des statues [5]. On rencontre aussi un trésorier (ταμίας), chargé de la gestion de la cause commune [6].

5° Σύσσιτοι.

Les associations de σύσσιτοι, mentionnées dans la loi de Solon citée par Gaius, à côté des thiases, des orgéons et des sociétés commerciales, sont, comme l'indique l'étymologie de ce mot, des réunions de personnes prenant leur repas en commun. Les syssities ont joué un grand rôle dans l'histoire de Sparte, où elles ont contribué à resserrer les liens de solidarité entre les divers citoyens et où elles avaient même un caractère obligatoire [7]. Cette institution était également pratiquée chez les Crétois, qui, du reste, étaient de race dorienne [8]. On n'en retrouve, au contraire, que des traces insignifiantes à Athènes, et il est assez difficile de déterminer quels étaient précisément les σύσσιτοι visés par la loi de Solon. Autant qu'on peut en juger par les textes qui emploient cette expression, on doit admettre qu'elle s'appliquait aux soldats faisant ménage commun dans

(1) *Ibid.*, IV, 555, B.
(2) *Ibid.*, II, 596.
(3) Ἀθήναιον, VI, 274. Cf. Tœppfer, *Attische Genealogie*, p. 287.
(4) V. les textes cités par Guiraud, p. 383.
(5) *Corp. inscr. att.*, II, 605. Cf. Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eupatride*, p. 859.
(6) *Corp. inscr. att.*, III, 5. Cf. sur les γένη, Hermann-Thumser, p. 313 et s. et la littérature indiquée *ibid.*, p. 313.
(7) Cf. sur les syssities de Sparte : Schœmann-Galuski, t. I, p. 286, 309-312, 321, 323, 337.
(8) *Ibid*, p. 353-354.

leurs garnisons ou en campagne [1]. Certains auteurs ont vu également dans les σύσσιτοι des citoyens qui, n'ayant pas de maison régulièrement tenue, des célibataires ou des veufs, ou même des gens mariés préférant à la société de leurs femmes la compagnie des hommes, formaient une association et se réunissaient pour prendre des repas dont ils supportaient les frais en commun [2]. Platon, dans le *Laches*, signale une association de ce genre entre Lysimaque, fils d'Aristide et Mélésias, fils de Thucydide, et il nous dit que leurs enfants font également partie de l'association [3].

6° Ὁμόταφοι.

Nous avons signalé précédemment [4] la communauté de sépulture qui existait originairement entre les membres d'un même γένος et qui subsista entre les membres de l'οἶκος. Ces associations funéraires n'existaient point seulement entre parents. Des citoyens pauvres ou des personnes n'ayant pas de famille pouvaient, afin de s'assurer de leur vivant une sépulture convenable, s'associer pour édifier un tombeau qu'ils n'auraient pas pu se procurer avec leurs ressources individuelles. On a conjecturé que les ὁμόταφοι tenaient des réunions périodiques pour offrir en commun des sacrifices aux divinités infernales [5].

(1) Isée, *De Nicostr. her.*, § 18 : οὔτε συσσίτους οὔτε φίλους οὔτε ἐν τάξει τῇ αὐτῇ. Lysias, *C. Agorat.*, § 79 : οὔτε γὰρ συσσιτήσας τούτῳ οὐδεὶς φανήσεται, οὔτε σύσκηνος γενόμενος, οὔτε ταξίαρχος. V. également : Démosthène, *C. Conon.*, § 4 ; Plutarque, *Alcib.*, c. 7. Cf. en ce sens : Schœmann, sur Isée, p. 278 ; Hermann-Thalheim, p. 112, note 1.

(2) Cf. Schœmann, *Griechische Alterthümer*, 3e éd., I, p. 387 ; Caillemer, *Contrat de société*, p. 43.

(3) Platon, *Laches*, II, p. 179 *b* : συσσιτοῦμεν γὰρ δὴ ἐγώ τε καὶ Μελησίας ὅδε, καὶ ἡμῖν τὰ μειράκια παρασιτεῖ.

(4) V. *supra*, t. I, p. 13.

(5) Caillemer, *Contrat de société*, p. 44. Une inscription de Thasos de l'époque romaine révèle un cas fort intéressant de communauté de sépultures, mais où il n'existait entre les ὁμόταφοι aucune association. V. *Revue archéologique*, XIV, 1866, p. 58.

7° Ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι.

L'objet des associations mentionnées en ces termes par la loi de Solon a été fort controversé. Littéralement cette expression signifie une association pour le brigandage ou le pillage. Aussi, dans une opinion, enseigne-t-on que la loi de Solon valide les associations faites en vue du brigandage. Le pillage, sur terre comme sur mer, a, dit-on, été considéré pendant longtemps par les Grecs comme un moyen commun et régulier de s'enrichir. Aussi Aristote rapproche-t-il la chasse et la guerre comme deux modes légitimes d'acquisition [1]. On voit, en conséquence, un traité conclu entre deux villes voisines de la Locride, Œanthéa et Chaléion, qui a pour but de règlementer le brigandage [2]. Une part est faite au droit d'enlever des étrangers et de piller leurs biens; ceux qui commettent de tels actes en dehors des cas prévus par la convention sont passibles d'une forte amende [3].

Petit, ne pouvant se résoudre à admettre que la loi athénienne ait consacré une règle aussi immorale, a préféré rectifier le texte de la loi de Solon. Il a d'abord proposé de remplacer les mots ἐπὶ λείαν par ceux-ci ἐπὶ λεῖον, ce qui signifierait alors une association pour le commerce des grains, *ad frumentum coemendum* [4]. Le législateur opposerait ainsi ces associations spéciales à celles qui sont conclues, d'une manière générale, εἰς ἐμπορίαν, *ad alias merces*. Le même auteur a proposé une autre correction que nous avons précédemment indiquée [5].

(1) Aristote, *Polit.*, I, 8.

(2) Rangabé, *Antiq. hell.*, t. II, p. 2, n° 356 *bis*.

(3) V. en ce sens, Egger, *Etudes sur les traités publics chez les Grecs et les Romains*, 2e éd., 1866, p. 34-35.

(4) Petit, *Leges atticæ*, p. 525 : λεῖον frumentum significare auctor est Hésychius : λεῖον ὁ σῖτος.

(5) V. *supra*, p. 351, note 3. On trouve, dans les Florentines, le texte ἐπὶ λίαν οἰχόμενοι, que la version académique traduit ainsi : « Qui et multum simul habitantes sunt. » Mais, ainsi que l'observe Caillemer (*loc. cit.*, p. 47), ce texte n'offre à l'esprit aucun sens satisfaisant.

Nous estimons, conformément à l'opinion générale, que l'on doit, sur l'autorité des Basiliques et des meilleurs manuscrits, maintenir la leçon ἐπὶ λεία, à laquelle il est possible de donner une interprétation très raisonnable et n'impliquant aucun caractère odieux dans la disposition de la loi de Solon. Celle-ci, en reconnaissant les associations formées ἐπὶ λεία et en leur accordant le droit de régler leurs statuts comme elles l'entendraient, avait en vue les compagnies formées pour la course sur mer ou sur terre ou pour les représailles, mais, non les sociétés de brigands ou de pirates. Les Athéniens, en effet, longtemps avant Solon, avaient renoncé à la piraterie [1], et ils avaient été les premiers à faire la police des mers [2]. Loin de favoriser les pirates, ils les ont détruits partout où ils les ont rencontrés. Mais il y a entre le pirate et l'armateur en course, le corsaire, une différence que le droit moderne reconnaît encore en admettant la légitimité de la course tout en réprimant impitoyablement la piraterie [3]. De même, à Athènes, si le brigandage et la piraterie étaient considérés comme de simples faits de violence et de désordre, souvent impunis, mais toujours tenus pour illégitimes, la course, qui ne s'exerçait qu'en temps de guerre, était un acte d'hostilité parfaitement régulier. Les représailles étaient également envisagées comme un acte juridique, comme une procédure internationale servant de sanction aux droits méconnus par une autre cité. Les associations formées pour la course ou pour l'exercice du droit de représailles n'avaient donc aucun caractère immoral : c'étaient, au contraire, des actes que la loi devait plutôt encourager, puisqu'ils contribuaient à la défense de la patrie ou à la répression des dénis de justice commis par d'autres cités envers des citoyens d'Athènes. C'est dénaturer la

(1) Cf. Thucydide, I, 6.

(2) La déclaration du 16 avril 1856 n'a point fait complètement disparaître la course maritime, car elle n'a pas été signée par tous les Etats civilisés.

(3) V. en ce sens : Schœmann-Galuski, t. I, p. 414 ; Caillemer, *in Revue*

portée du traité conclu entre les villes d'Œanthéa et de Chaléion que d'y voir une réglementation de la piraterie. Ce traité avait pour objet l'exercice du droit de représailles (σῦλαι) entre les deux villes, et dès lors on ne saurait en argumenter pour interpréter les mots ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι dans le sens d'associations de brigandage. La loi de Solon trouve, en définitive, une explication toute naturelle et qui ne choque en aucune façon nos idées modernes, et il n'est nullement besoin de chercher à en corriger le texte.

8° *Sociétés d'artistes.*

On rencontre, à partir d'Alexandre, un certain nombre de compagnies d'artistes, dont l'objet principal était d'assurer la célébration des jeux musicaux en l'honneur des dieux. Ces compagnies (οἱ περὶ τὸν Διόνυσον τεχνῖται), formées sous le patronage de Dionysos, comprenaient des poètes, des acteurs, des musiciens, des danseurs, des costumiers et des décorateurs, en un mot tout le personnel nécessaire pour les représentations dont elles se chargeaient. Elles traitaient avec les villes qui, possédant un théâtre ou ayant institué des fêtes solennelles, n'étaient pas en état d'entretenir en permanence le nombre d'artistes nécessaires. Les compagnies d'artistes dionysiaques leur fournissaient, suivant des traités dont nous possédons des exemplaires, tout le personnel dont il était besoin pour l'organisation des représentations ou des fêtes [1].

Les corporations d'artistes dionysiaques avaient une organisation analogue à celle des autres associations. Elles étaient gouvernées par des règlements inspirés par un grand esprit d'égalité entre tous les membres. Chacune

historique de droit français et étranger, 1866, t. XII, p. 300, et *Contrat de société*, p. 47 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 734, note 735 ; Dareste, *in Revue des études grecques*, p. 311 ; Hermann-Thalheim, p. 112, note 3. Lüders, *De collegiis artificum scenicorum*, p. 7, évite de se prononcer.

(1) V. notamment le traité conclu avec la ville de Iasos, *in* Le Bas et Waddington, *Asie-Mineure*, 281.

d'elles avait sa caisse administrée par un trésorier et un épimélète. Investie de la personnalité civile, elle possédait des biens meubles et immeubles, et notamment un τέμενος ou enceinte sacrée dans laquelle s'élevait son temple et où se réunissaient les artistes pour célébrer leurs banquets et leurs cérémonies religieuses. C'est ainsi que la compagnie d'Athènes possédait à Eleusis une enceinte sacrée et son autel particulier [1] où, pendant les mystères, elle célébrait en son nom des cérémonies en l'honneur de Déméter et de Coré [2].

§ III. — Des sociétés commerciales.

Parmi les diverses sociétés mentionnées dans la loi que le jurisconsulte Gaius attribue à Solon, figurent celles qui sont formées pour le commerce, εἰς ἐμπορίαν οἰχόμενοι [3]. Juridiquement, les sociétés commerciales, à la différence de ce qui a lieu dans la plupart des législations modernes, ne se distinguent des autres sociétés que par leur but, qui est de faire des opérations de commerce. Mais on ne voit nulle part qu'elles aient été soumises à une législation spéciale. On ne peut pas dire non plus que les sociétés commerciales aient été seules investies de la personnalité civile, car, dans le droit attique, toutes les sociétés constituaient des personnes morales [4]. La seule différence entre les sociétés commerciales et les sociétés civiles pouvait se rapporter à la compétence et à la procédure, en ce sens que les δίκαι ἐμπορικαί, qui peuvent être formées à l'occasion des sociétés de commerce, appartiennent à l'hégémonie de magistrats spé-

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 628. Cf. *ibid.*, II, 551, 552.

(2) Cf. sur les compagnies d'artistes dionysiaques : Foucart, *De collegiis scenicorum artificum apud Græcos*, Paris, 1873 ; Lüders, *De collegiis artificum scenicorum*, Bonn, 1869 et *Die dionysischen Kunstler*, 1873 ; A. Reisch, *De musicis Græcorum certaminibus*, Vienne, 1885 ; Caillemer, *Contrat de société*, p. 51 ; Foucart, *in* Daremberg et Saglio, vº *Dionysiaci artifices*.

(3) V. *supra*, p. 342.

(4) V. *supra*, p. 343.

ciaux et comportent une instruction particulièrement rapide [1].

Les sociétés commerciales étaient très nombreuses à Athènes et avaient des objets très divers, commerce, industrie ou banque. La loi de Solon mentionne spécialement les sociétés de matelots, ναῦται. Il est toutefois difficile de savoir si ces sociétés sont les mêmes que les sociétés d'armateurs que mentionnent plusieurs fois les auteurs et les inscriptions [2], ou s'il ne faut point plutôt substituer au mot ναῦται le mot γεννῆται, qu'il serait du reste assez naturel de rencontrer après les membres de la phratrie, ou le mot μύσται, initiés aux mystères [3]. Les opérations de transports maritimes pouvaient, du reste, comme nous allons le voir, faire l'objet d'une société.

Les Grecs ne connaissaient pas les sociétés par actions, dans le sens moderne du mot, mais les risques du commerce maritime, commerce très répandu à Athènes, avaient fait imaginer une combinaison propre à éviter aux bailleurs de fonds l'inconvénient de pertes considérables. Hésiode recommandait déjà à ses contemporains de ne pas mettre toute leur fortune sur les navires [4]. L'auteur du livre des *Economiques* donne également à ses lecteurs le conseil pratique de diviser leurs capitaux, pour ne pas s'exposer à les perdre tous en une fois [5]. Le système des petits placements était donc préféré par les Athéniens. Les capitalistes d'Athènes, faisant valoir leurs fonds principalement dans les entreprises maritimes, prêtaient par petites sommes, deux ou trois mille drachmes en moyenne, divisant prudemment les risques contre lesquels ne pouvait prémunir l'assu-

(1) V. *supra*, p. 96 et s.
(2) Cf. *Corp. inscr. græc.*, nº 124.
(3) Cf. Caillemer, *Contrat de société*, p. 37.
(4) Hésiode, *Op. et dies*, v. 649.
(5) Aristote, *Æconom.*, I, 6, § 2 : τὰς ἐργασίας νενεμῆσθαι ὅπως μὴ ἅμα κινδυνεύσωσιν ἅπασιν.

rance maritime qui n'était pas pratiquée à Athènes [1]. Aussi comme le dit Dareste, « voit-on d'ordinaire les différentes parties d'un chargement affectées à des prêts différents. Il y a plus, on s'associe pour prêter en commun, ou bien on prête seul, mais on admet en participation un associé dont le nom ne figure pas au contrat » [2]. Lors donc qu'un affréteur ou un capitaine recourt à des capitaux étrangers pour ses entreprises de commerce ou de transport, il peut y avoir ou bien plusieurs bailleurs de fonds ou commanditaires vis-à-vis desquels le gérant du navire est responsable, ou bien en apparence un seul commanditaire, groupant en son nom tous les capitaux. Celui-ci, à côté du contrat qu'il passe avec le ναύκληρος ou φορτηγός, et qui est le ναυτικὸν δάνεισμα, en fait un autre avec les capitalistes qu'il représente : c'est un contrat de société en participation, donnant alors à ces capitalistes, nommés κοινωνοί, μετασχόντες τοῦ δανείσματος [3], une action contre le commanditaire seul en nom, et même peut-être une action indirecte contre le gérant. Au surplus, ainsi qu'on l'a très bien observé, toutes les conventions relatives à des entreprises maritimes n'avaient jamais qu'un caractère provisoire, spécial, et les sociétés maritimes ne furent guère autre chose que des sociétés en participation [4]. Dans la Grèce antique, on ne voit se fonder ni ces grandes compagnies commerciales et maritimes du moyen-âge et de l'ancien régime, ni même de ces sociétés permanentes telles que les sociétés du droit moderne. « L'étendue du marché, dit Brandts, mesure l'emploi du capital. Le marché antique

(1) V. *supra*, p. 274.

(2) Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 12.

(3) Pour caractériser leur situation, Darios dans le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, § 6, dit : ἐγὼ δ'ἔξωθεν μετεῖχον αὐτῷ τοῦ δανείσματος, j'étais un associé du dehors, c'est-à-dire intéressé dans le prêt comme participant, mais sans être en nom.

(4) La forme de la société en participation existait à Athènes, ainsi que le prouve le cas de Darios cité dans le discours de Démosthène contre Phénippe, § 3. V. *supra*, t. III, p. 296.

ni par ses débouchés, ni par sa sécurité, ne justifiait encore ces grandes opérations que peut seules faire naître et prospérer la solidarité internationale » [1].

L'association de capitaux, κοινωνία χρημάτων [2], qui se pratiquait ainsi pour les opérations maritimes, se rencontrait également dans d'autres entreprises commerciales ou industrielles [3]. Ainsi elle apparaît assez fréquemment dans le commerce de banque, pour la constitution du capital de la banque. Les garants qui cautionnaient le banquier et le soutenaient de leur crédit, se trouvaient associés à sa responsabilité et par contre aussi à ses bénéfices [4].

L'association des capitaux joue encore un rôle assez important dans les exploitations de mines assez fréquentes en Attique, grâce à la richesse des gisements métallifères du Laurium. Les Athéniens, mettant en pratique les conseils que leur donnait Xénophon [5], s'associaient pour ce genre d'entreprises afin que la chance de l'un compensât les pertes de l'autre. Les auteurs ne sont point d'accord toutefois sur le point de savoir comment étaient réglés les rapports des associés en cette matière, des μεταλλεῖς, μισθωταί ou κοινωνοῦντες μετάλλου [6]. Suivant Bœckh [7], les associations de mines se faisaient de la manière suivante : la société se constituait pour ouvrir la fosse ; puis, quand on avait trouvé le

(1) Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 116. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXIX ; Frignet, *Histoire de l'association commerciale*, p. 52.

(2) Aristote, *Ethic. Nicom.*, VIII, 14, § 1.

(3) Nous faisons abstraction des associations de ce genre qui se formaient pour la perception des impôts ou l'exercice des services publics. L'histoire de ces sociétés appartient à celle des finances publiques. V. à ce sujet, Bœckh, t. I, p. 678 et s.

(4) V. *infra*, p. 465 et s. Suivant Perrot (*Le commerce de l'argent*), p. 355, la forme de la société en participation, bien que connue à Athènes, ne paraît pas avoir été appliquée aux banques, du moins à l'époque des orateurs.

(5) Xénophon, *Vectig.*, IV, 32.

(6) Harpocration et Suidas, v° μεταλλεῖς ; Démosthène, *C. Pantæn.*, § 38.

(7) Bœckh, *Ueber die Laurischen Silberbergwerke*, in *Abhandl. der Berlin. Akad. d. Wissensch.*, 1815, p. 121.

minerai, chacun exploitait pour son compte, de sorte que la communauté ne durait que jusqu'à ce moment. Brandts [1] estime, au contraire, que l'on doit considérer comme une vraie société la μετάλλου κοινωνία. Nous serions plutôt de ce dernier avis, car l'opinion de Bœckh manque de preuves. Elle suppose, d'autre part, une association par trop restreinte et ne répondant pas aux vues de Xénophon, car, une fois la fosse ouverte, un des anciens associés pouvait rencontrer une riche veine métallique et faire des profits énormes, tandis qu'un autre épuisait son capital dans l'exploitation d'un filon improductif [2].

SECTION VI

Du mandat, de la gestion d'affaires et de la commission.

§ I. — Du mandat.

Le mandat, dans le droit romain, est un contrat par lequel une personne s'engage à gérer gratuitement une ou plusieurs affaires pour le compte d'une autre personne [3]. Ce contrat a été certainement pratiqué à Athènes autant qu'à Rome, car les circonstances qui y donnent lieu, comme l'absence, la maladie, l'inexpérience des affaires, se rencontrent dans tous les temps et chez tous les peuples. Ce contrat est toutefois l'un de ceux au sujet desquels l'insuffisance des sources se fait le plus sentir, à ce point que, d'après certains auteurs, il y aurait, pour l'historien du droit, impossi-

(1) Brandts, *loc. cit.*, p. 121.

(2) Perrot (*loc. cit.*) estime que la forme de la société en participation était appliquée à l'exploitation des mines. Pour tirer parti d'une concession, dit-il, il se formait des sociétés par actions. L'action ou la part de propriété s'appelait μερίς ; charges et bénéfices se répartissaient également entre actionnaires. Cf. Démosthène, *C. Timoth.*, § 31 *C. Nicostr.*, § 9.

(3) Cf. May, t. II, n° 324.

bilité de parler du mandat et des actions qui s'y rapportent [1]. Nos recherches personnelles ne nous ont pas conduit à des résultats beaucoup plus satisfaisants. Néanmoins on peut, selon nous, trouver des traces de ce contrat dans les discours des orateurs, et essayer de dégager quelques règles le concernant.

Nous rencontrons un premier cas de mandat dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate, où l'orateur dit qu'au moment de partir pour la Sicile il a chargé Nicostrate de surveiller et de gérer ses affaires, comme par le passé. Il s'agit là d'un mandat pour gérer et administrer, Nicostrate étant ἐπιμελητὴς καὶ διοικητής [2]. Un mandat de même nature est signalé dans le plaidoyer de Démosthène contre Timothée, où il est dit que, pendant l'absence de celui-ci au service du roi, plusieurs citoyens honorables, de ses amis, prenaient soin de ses affaires, également comme ἐπιμεληταί [3]. Dans le même plaidoyer s'agite une importante question de mandat à propos des paiements faits par le banquier Pasion pour Timothée, conformément aux habitudes athéniennes [4]. Timothée, sans contester l'existence de ces paiements, soutient que ceux qui ont reçu n'étaient pas ses mandataires, tandis qu'Apollodore s'efforce de prouver le contraire par toutes présomptions [5].

On peut trouver un autre cas de mandat dans l'action que, d'après Plutarque, Diomède aurait dirigée contre Alcibiade dans les circonstances suivantes : « Un Athénien

(1) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 5 : τούτῳ δὲ προσέταξα ἐπιμελεῖσθαι τε τῶν οἴκοι καὶ διοικεῖν ὥσπερ καὶ ἐν τῷ ἔμπροσθε χρόνῳ.

(2) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 200, note 1.

(3) Démosthène, *C. Timoth.*, § 17 : πολλοὶ καὶ χρηστοὶ τῶν πολιτῶν οἰκεῖοι ὄντες τούτῳ ἐπεμελοῦντο τῶν τούτου ἀποδημοῦντος παρὰ βασιλεῖ Τιμοθέου. Cf. Dareste, *loc. cit.*, p. 230, note 21. En supposant que Timothée n'eût point donné mandat avant son départ à des citoyens honorables, il y avait tout au moins de la part de ces derniers gestion d'affaires.

(4) V. *infra*, p. 506 et s.

(5) Cf. Dareste, *Plaid civ.*, t. II, p. 207.

nommé Diomède, homme de bien et ami d'Alcibiade, désirait vivement remporter le prix aux jeux olympiques. Il apprit que la république argienne possédait un char remarquable par ses qualités exceptionnelles. Comme Alcibiade jouissait alors de beaucoup de crédit à Argos et y comptait de nombreux amis, Diomède le chargea d'acheter l'objet qu'il désirait. La négociation fut heureuse, mais, l'opération terminée, Alcibiade conserva pour lui le char, sans s'inquiéter de Diomède. Celui-ci en fut très irrité ; non seulement il prit les dieux et les hommes à témoins de la fraude dont il était victime, mais encore il porta l'affaire devant les tribunaux. Nous possédons un discours d'Isocrate pour le fils d'Alcibiade à l'occasion d'un char. Il est vrai que, dans le plaidoyer, le demandeur est appelé Tisias et non point Diomède [1]. » Ce plaidoyer auquel Plutarque fait allusion, est celui d'Isocrate περὶ τοῦ ζεύγους, *oratio de bigis*. Mais on peut douter précisément, si l'on se réfère au plaidoyer d'Isocrate, de l'exactitude du récit de Plutarque et de l'existence d'un mandat donné par Diomède à Alcibiade [2]. Les termes dont se sert Plutarque, pour indiquer la mission confiée par Diomède à Alcibiade (ἔπεισεν αὐτῷ πρίασθαι τὸ ἅρμα) ne supposent point du reste nécessairement l'existence d'un pareil contrat.

L'acte que le mandataire accomplit pour le mandant peut avoir trait non seulement à l'administration du patrimoine, mais, d'une manière générale, à un fait juridique quelconque. C'est ainsi que, comme nous l'avons vu, le kyrios peut déléguer à un tiers l'exercice de ses fonctions tutélaires et lui confier notamment le mandat de procéder à l'engyésis de sa pupille [3].

(1) Plutarque, *Alcibiade*, 12.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 735, note 740. V. *infra*, p. 389, note 5. On a voulu voir des mandataires dans les προπράτορες ou προπῶλαι. Cf. Philippi, *in Jahrb. f. Philol.*, XCIII, p. 750. Mais ce sont plutôt des intermédiaires, des commissionnaires. V. *infra*, p. 379 et s.

(3) V. *supra*, t. I, p. 135.

A Rome, originairement du moins, le mandat devait être gratuit, et la promesse ou la dation d'une rémunération faisait dégénérer la convention en un louage d'industrie [1]. Le mandat avait-il le même caractère dans le droit attique? On pourrait le croire d'après les passages précités des plaidoyers de Démosthène contre Nicostrate et contre Timothée [2], où l'on ne voit point que ceux qui gèrent les biens de l'absent reçoivent une rémunération quelconque. Nous estimons néanmoins que l'on devait plutôt ne pas considérer à Athènes la condition de gratuité comme essentielle au mandat. Au surplus, la question de savoir quelle est précisément la nature du contrat en cas de dation d'un salaire au mandataire ne présente point en droit attique le même intérêt qu'en droit romain.

Un des effets du mandat, dans les rapports des parties avec les tiers, c'est que le mandant est obligé vis-à-vis de ceux-ci par les actes passés par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs. La preuve en ressort de ce passage du plaidoyer de Démosthène [3] contre Timothée où celui-ci et Apollodore discutent sur l'existence d'un mandat de payer. Nous avons vu de même, à propos de la tutelle, que le tuteur est responsable vis-à-vis du pupille de la négligence des mandataires qu'il a pu se substituer dans l'administration des biens du mineur [4]. Démosthène dit, à ce sujet : περὶ μὲν γὰρ ὧν καθυφεῖκας, νόμος ἔστι, διαῤῥήδην ὃς κελεύει σε ὀφλισκάνειν ὥσπερ ἂν αὐτὸς ἔχῃς [5]. Le mandant pouvait-il agir directement contre les tiers et, réciproquement, ceux-ci avaient-ils une action directe contre le mandant, ou bien, au contraire, le droit attique avait-il, comme le droit romain primitif, appliqué ici le principe de la non-représentation?

(1) Cf. l. 1, § 4, D. *Mandati*, XVII, 1.
(2) *Supra*, p. 372.
(3) V. *supra*, p. 372.
(4) V. *supra*, t. II, p. 236.
(5) Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 36. V. la traduction, *supra*, *ibid.*

Nous serions, dans le silence des textes, disposé à adopter la première solution, plus conforme à l'esprit du droit attique, dont le système général se rapproche plutôt des théories du droit romain impérial que de celles du vieux droit quiritaire.

A défaut de pouvoir préalable, la ratification par le mandant de l'acte passé par le mandataire équivaut à un mandat : *ratihabitio mandato aequiparatur*. Nous avons vu une application de ce principe au cas d'engyésis [1].

L'effet normal et essentiel du mandat est de mettre à la charge du mandataire l'obligation d'exécuter le mandat conformément aux instructions qu'il a reçues du mandant. S'il les enfreint, ou s'il ne rend pas compte des choses qu'il a acquises à l'occasion de l'exécution du mandat [2], il est passible, en droit romain, de l'action *mandati directa*. Le droit attique a-t-il admis également une *actio mandati* ? Un auteur a cru reconnaître dans la καθυφέσεως δίκη, signalée par Pollux [3], l'action dérivant du mandat. Mais cette interprétation paraît peu vraisemblable quand on considère l'ensemble du texte de Pollux, où l'auteur s'occupe uniquement de la transaction frauduleuse de l'accusateur avec le défendeur [4]. Ce n'est pas à dire pour cela que les rapports de droit naissant du mandat aient été dépourvus de sanction. Le passage précité de Plutarque nous montre, au contraire, Diomède actionnant en justice son mandataire infidèle. Mais, de même que les Athéniens ne paraissent pas avoir ramené les différents cas de mandat à une seule idée générale et abstraite, et que le mot *mandatum* ne semble pas avoir d'équivalent en grec [5], de même, ils ont très bien pu ne pas organiser une action

(1) V. *supra*, t. I, p. 135.

(2) Hermann, *Privatalterthümer*, 2e édit., § 70, note 6. Cf. Hermann-Thalheim, p. 119, note 2.

(3) Pollux, VIII, 143.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 736, note 740.

(5) Meier, Schœmann et Lipsius qualifient le mandat, en grec, de ἐντολή.

spéciale pour le cas de mandat. Cela ne présente rien de surprenant quand on envisage le développement général du droit des obligations à Athènes. Le mandant pouvait donc user contre le mandataire infidèle soit de l'action générale συνθηκῶν παραβάσεως, soit de l'action βλάβης qui, comme nous le verrons, peut être fondée sur une faute contractuelle aussi bien que sur une faute délictuelle.

Si nous supposons maintenant qu'à la suite de l'inexécution du mandat le mandant soit tenu d'indemniser le mandataire du préjudice qu'a pu lui occasionner cette exécution, l'obligation du mandat sera encore sanctionnée par la δίκη βλάβης, jouant ici le rôle de l'action *mandati contraria*.

Quant aux causes d'extinction du mandat, doit-on transporter dans le droit attique cette idée de confiance personnelle qui forme la base de ce contrat en droit romain et dans nos lois modernes, et en déduire les différentes causes de cessation du mandat provenant de la disparition de cette confiance personnelle? Nous ne possédons aucun renseignement à ce sujet.

Le mandat pouvait servir dans le droit romain à réaliser une *intercessio* ou cautionnement. On le nommait alors spécialement *mandatum pecuniæ credendæ*, et cette sorte de mandat se rencontrait toutes les fois que le mandataire, sur l'ordre et aux risques et périls du mandant, consentait à devenir créancier d'une personne déterminée. Une fois ce mandat exécuté, deux personnes se trouvaient obligées envers le mandataire, à savoir le tiers avec lequel il avait contracté en exécution du mandat, et le *mandator* lui-même, le premier étant débiteur principal et le second débiteur accessoire [1].

On rencontre également dans le droit attique de semblables applications du mandat. Tel est d'abord le cas dont il est question dans le plaidoyer de Démosthène contre Lacri-

(1) V. Accarias, t. II, n° 639.

tos. L'orateur, Androclès, nous dit qu'il a prêté des fonds à Artémon, frère de Lacritos, « sur la recommandation de ce dernier et sur sa promesse que tous les engagements pris envers Androclès dans l'acte de prêt seraient fidèlement remplis [1]. » Ce texte indique très nettement une des conséquences du *mandatum pecuniæ credendæ*, et qui est de donner au mandataire le droit d'être indemnisé complètement par le mandant des conséquences fâcheuses que l'exécution du mandat peut entraîner pour lui. Aussi lorsque plus tard Lacritos fut poursuivi par Androclès, ce ne fut pas en sa qualité d'héritier de son frère Artémon, à la succession duquel il avait renoncé [2], mais bien en qualité de *mandator* [3]. On peut voir un autre cas de mandat du même genre dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate. Nous avons précédemment indiqué comment Apollodore est devenu la caution réelle de Nicostrate qui jouait, dans l'espèce, le rôle d'un véritable *mandator pecuniæ credendæ* [4].

§ II. — De la gestion d'affaires.

La gestion d'affaires est, comme le mandat, le fait d'accomplir des actes ayant pour objet la gestion des affaires d'une personne, mais sans avoir préalablement reçu à cet effet pouvoir de celle-ci. Aussi la gestion d'affaires est-elle rangée parmi les quasi-contrats, tandis que le mandat est un contrat véritable. L'équité qui, en droit romain, avait fait consacrer la responsabilité du gérant, *negotiorum gestor*, relativement à ses actes de gestion envers la personne

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 15 : ἐδάνεισα τὰ χρήματα Ἀρτέμωνι τῷ τούτου ἀδελφῷ, κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου ἅπαντ' ἔσεσθαι τὰ δίκαια κατὰ τὴν συγγραφήν. On peut rapprocher de ce passage la définition donnée de la caution par un des lexiques de Séguier (Bekker, *Anecd.*, I, p. 244) : ἐγγυητής: ὁ ἀναδεχόμενος δίκην.

(2) Démosthène, *ibid.*, § 44.

(3) Caillemer, *Dépôt, mandat, cautionnement*, p. 529.

(4) V. *supra*, t. III, p. 260. Cf. Lécrivain, *Cautionnement*, p. 12.

dont les affaires ont été gérées, devait, à plus forte raison, faire admettre la même solution dans le droit attique. En l'absence de contrat préalable, il ne pouvait être question d'accorder au maître, *dominus rei gestæ*, la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως, mais il avait toujours la ressource de la δίκη βλάβης, jouant alors le rôle de l'action *negotiorum gestorum directa*. Cette même action βλάβης devait également, le cas échéant, correspondre à l'action *negotiorum gestorum contraria* donnée au gérant pour l'indemniser des dépenses que la gestion lui a occasionnées.

On rencontre, dans le droit attique, moins de traces encore de la gestion d'affaires que du mandat. Peut-être, dans le cas précité de Timothée, y a-t-il eu simple gestion d'affaires de la part des tiers ἐπιμεληταί des biens de Timothée absent [1]. Platner [2] a voulu voir un cas de gestion d'affaires dans le paiement fait par Pasion à Timosthène à l'occasion des faits dont nous avons précédemment parlé à propos du commodat [3]. Mais cette interprétation est fort contestable, car Pasion, en transigeant avec Timosthène, propriétaire des coupes déposées chez Pasion et prêtées indûment par celui-ci à Timothée, agissait plutôt dans son propre intérêt, afin de dégager sa responsabilité personnelle engagée par l'imprudence de son esclave, que dans l'intérêt de Timothée. Or la gestion d'affaires suppose que le gérant a agi dans l'intérêt d'autrui et non dans le sien [4]. Il y a, par contre, une action *negotiorum gestorum contraria* dans celle qu'Apollodore intente contre Polyclès, son successeur dans la triérarchie, pour lui demander le remboursement des dépenses qu'il a faites à partir du moment où Polyclès devait reprendre le service. Si, en effet, Apollodore a dû

(1) V. *supra*, p. 372, note 2.
(2) Platner, *Process*, t. II, p. 378.
(3) V. *supra*, p. 228-229.
(4) Cf. en ce sens : Mayer, t. II, p. 228 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 7 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 699, note 610.

continuer provisoirement le service jusqu'à l'arrivée de son remplaçant et pourvoir en conséquence aux dépenses nécessaires (ἐπιτριηράρχημα), ce n'a pu être qu'aux frais et pour le compte de Polyclès, dont il s'est trouvé être le *negotiorum gestor* [1]. L'action intentée par Apollodore est probablement la δίκη βλάβης qui, comme nous l'avons dit, joue le rôle de l'action *negotiorum gestorum contraria* [2].

§ III. — De la commission.

Le contrat de commission présente avec celui de mandat une analogie assez grande pour qu'on réunisse quelquefois ces deux contrats sous un nom général. Il existe entre eux cependant une différence essentielle, en ce sens que le mandataire agit pour le mandant et au nom de celui-ci [3], tandis que le commissionnaire, s'il agit également pour son commettant, le fait en son propre nom [4].

Le contrat de commission paraît avoir été connu des Grecs, mais il règne à ce sujet une assez grande incertitude eu égard à l'insuffisance des sources. C'est vraisemblablement au commissionnaire que Pollux se réfère lorsqu'il nous dit : ὁ δὲ τοῖς πιπράσκουσι προξενῶν προπράτωρ, ὡς Δείναρχος καὶ Ἰσαῖος εἴρηκεν· προπώλην δ'αὐτὸν Ἀριστοφάνης καλεῖ, προπωλοῦντα δὲ Πλάτων [5]. Si les textes de Dinarque et d'Isée où il était question du προπράτωρ ne nous sont pas parvenus, nous possédons par contre celui de Platon relatif au προπωλῶν. Dans son *Traité des lois*, le philosophe nous dit du προπωλῶν qu'il est responsable envers l'acheteur des défauts de la chose vendue et de l'absence de qualité chez le vendeur :

(1) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 379 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 232.
(2) Cf. Dareste, *loc. cit.*
(3) Cf. art. 1984 C. civ.
(4) Cf. art. 94 C. com.
(5) Pollux, VII, 11. Cf. *Corp. inscr. græc*, n° 1756 : καὶ ὁ προαποδότας μὴ προπωλέτω. Philippi, *in Jahrb. f. Philol.*, XCIII, p. 749 voit dans le προπωλῶν le représentant du propriétaire ou vendeur. Cf. Büchsenschütz, p. 463.

τοῦ μὴ ἐνδίκως πωλοῦντος ἢ καὶ μηδαμῶς ἀξιόχρεω. Il ajoute que le provendeur peut être appelé en garantie concurremment avec celui au nom duquel il a vendu et par une seule et même action : ὑπόδικος δ'ἔστω καὶ ὁ προπωλῶν, καθάπερ ὁ ἀποδόμενος [1]. Or il est probable que la règle posée par Platon a été empruntée aux dispositions de la loi athénienne [2].

C'est en matière commerciale que le contrat de commission joue le plus grand rôle, car dans les actes ordinaires de la vie civile la nécessité d'un intermédiaire se fait beaucoup moins sentir. C'est probablement la commission qu'Aristote a en vue lorsque, dans une phrase assez énigmatique de sa *Politique*, il indique les trois formes générales de l'ἐμπορία et qui sont, d'après lui, la ναυκληρία, la φορτηγία et la παράστασις [3]. Les deux premières, abstraction faite de leur signification respective [4], ont trait aux entreprises de transports maritimes. Or voici comment on est arrivé à voir dans la παράστασις, troisième branche de l'ἐμπορία, une institution correspondant à la commission. Le commerce auquel se livre l'ἔμπορος, exige, a-t on dit, pour être fructueux, des relations d'affaires avec la place sur laquelle le commerçant se propose d'écouler ses produits, et il faut que ces relations soient régulières et sûres si le négociant fait avec la place de nombreuses affaires. Il a donc besoin d'y avoir des correspondants, des comptoirs, des renseignements. Or les correspondants, dont les orateurs nous parlent plusieurs fois dans leurs plaidoyers, et dont ils

(1) Platon, *Leges*, XII, 7, p. 954 *a*. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 149. Suivant Lécrivain (*Cautionnement*, p. 216), il est difficile de se prononcer sur le sens exact du mot προπωλῶν et de dire s'il vise un brocanteur ou un commissionnaire.

(2) Hermann, *De vestig. instit. vet.*, p. 66, Hermann-Thalheim, p. 90. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 718, note 683.

(3) Aristote, *Politic.*, I, 11, p. 1258 b, 21 : τῆς δὲ μεταβλητικῆς μέγιστον ἦν ἐμπορία, καὶ ταύτης μέρη τρία, ναυκληρία, φορτηγία, παράστασις· διαφέρει δὲ τουτῶν ἕτερα ἑτέρων τῷ τὰ μὲν ἀσφαλέστερα εἶναι, τὰ δὲ πλείω πορίζειν τὴν ἐμπορίαν.

(4) V. *supra*, p. 88, note 2.

nous montrent le rôle actif [1], faisaient connaître au négociant l'état du marché, l'informaient de la place où il devait porter ses marchandises et enfin se chargeaient, dans les endroits où ils résidaient, de la vente des produits importés. Il y avait là un véritable contrat de commission. Ces correspondants sont, il est vrai, désignés quelquefois sous le nom d'associés, κοινωνοί, mais leur commerce est tout de commission : c'est la παράστασις dont parle Aristote [2]. Nous ne prétendons point que cette interprétation du texte assez obscur d'Aristote soit absolument incontestable. Néanmoins il faut reconnaître que, jusqu'à présent, c'est la seule satisfaisante, les autres étant purement conjecturales et arbitraires. Il est assez difficile, d'ailleurs, de préciser la situation matérielle des personnes qui acceptaient cette sorte de contrat de correspondance ou de commission qu'Aristote qualifie de παράστασις, du moins dans notre interprétation. Ces correspondants apparaissent à certains égards comme des associés, puisqu'on leur donne le titre de κοινωνοί. Il y a cependant juridiquement une grande différence entre l'associé et le commissionnaire. On peut sup-

(1) Démosthène, dans son plaidoyer contre Dionysodore (§§ 8, 9) explique la mission de ces correspondants à propos du commerce des grains, qui était un des plus importants : « Les uns, dit-il, expédiaient d'Egypte les marchandises, d'autres les accompagnaient sur mer et s'occupaient du trafic, d'autres enfin, restant ici, disposaient des chargements qui leur étaient consignés. Puis, suivant les cours, les gens d'ici écrivaient à ceux des autres places. Si, chez vous, le blé était cher, ils en faisaient venir ; si les prix tendaient à la baisse, ils le faisaient diriger sur d'autres marchés. De là, juges, sont résultées de fréquentes hausses sur les blés par l'effet de ce concert et de ces correspondances, ἐκ τοιούτων ἐπιστολῶν καὶ συνεργιῶν. » (Trad. Dareste). Dans le plaidoyer du même orateur contre Callipe (§ 3), un négociant d'Héraclée a à Scyros un correspondant et associé, κοινωνός. Nous voyons également dans le plaidoyer contre Phormion (§ 8) que Chrysippe, négociant d'Athènes, avait au Bosphore un associé, κοινωνός, et un facteur ou préposé qui lui servait de consignataire. Cf. Büchsenschütz, p. 460.

(2) Brandts, *Les sociétés commerciales*, p. 117. Cf. en ce sens : Hermann-Blümner, p. 428 ; Buchsenschütz, p. 456.

(3) Barthélemy Saint-Hilaire, dans sa traduction d'Aristote, entend par παρά-

poser, d'après le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, que le commissionnaire recevait une part fixée par le contrat d'après l'évaluation approximative de ses services. C'est ainsi, du moins, qu'on peut interpréter les mots πρὸς τὰς καθεστηκυίας τιμάς du plaidoyer précité [1]. Au surplus, comme l'observe Brandts, le contrat de commission, n'a pas dû être en Grèce d'un emploi aussi fréquent qu'on pourrait le croire en raison de son utilité et du développement du commerce. Pour remplir, en effet, le rôle de correspondant et de commissionnaire, les négociants athéniens avaient avantage à installer un esclave de confiance sur la place étrangère. Ainsi Chrysippe avait au Bosphore un esclave qui était chargé de ses intérêts [2], Cet esclave, compris dans la catégorie des χωρὶς οἰκοῦντες [3], se trouvait dans une situation privilégiée ; d'autre part, son maître le tenait beaucoup plus dans sa dépendance qu'un commissionnaire libre et n'avait pas non plus à lui donner une aussi forte commission [4].

Un autre intermédiaire en matière commerciale, c'est le courtier, mais, à la différence du commissionnaire, il ne prend pas d'engagements personnels ; il se borne à mettre en relations les personnes qui veulent vendre avec celles qui veulent acheter ou réciproquement, et par ses démarches

στασις la vente en boutique. Mais, s'il en était ainsi, Aristote n'en aurait point fait une branche de l'ἐμπορία et l'aurait appelée de son nom technique, καπηλεία. Hermann (*Privatalt.*, § 45, 6) voit dans la παράστασις une sorte de commandite au lieu de destination des marchandises. Il invoque en ce sens le plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore, § 8. Stark, se fondant sur l'emploi de ce mot en connexité avec la παράστασις à payer dans la procédure arbitrale (Pollux, VIII, 39, 127) et sur ce fait que les arbitres à qui les plaideurs la payaient διήτων ἐν ἱεροῖς (Pollux, VIII, 127), présume que la παράστασις qui nous occupe pouvait signifier l'exposition et la vente dans les lieux sacrés, sous la protection du temple et moyennant le payement d'une redevance au dieu.

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 8. Cf. en ce sens, Brandts, *loc. cit.* Dareste traduit toutefois autrement les mots en question : « Suivant les cours. » V. *supra*, p. 381, note 1.

(2) Démosthène, *C. Phorm.*, § 8.

(3) V. *supra*, t. II, p. 446.

(4) Cf. Brandts, *loc. cit.*

il facilite leurs transactions. Les courtiers n'étaient certainement pas inconnus de la Grèce antique, mais nous ne possédons aucun renseignement certain à leur égard [1] [2].

Il est probable, d'ailleurs, que le rôle d'intermédiaire entre les vendeurs et les acheteurs devait être rempli assez souvent par les proxènes. C'est ce qu'on peut induire soit de la définition du commissionnaire donnée par Pollux, ὁ τοῖς πιπράσκουσι προξενῶν προπράτωρ [3], soit du rapprochement que fait Philostrate [4] des mots προξένοις et καπήλοις [5].

(1) Cf. Büchsenschütz, p. 463 ; Caillemer, *Contrat de dépôt et de mandat*, p. 530.

(2) Nous devons mentionner, à propos du courtage, le rôle assez important joué dans l'ancienne Grèce par les μνήστριαι ou προμνήστριαι, entremetteuses pour les mariages, αἱ συνάγουσαι τὸν γάμον. Pollux, III, 31. Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 531 ; Hermann-Blümner, p. 261, texte et note 4. V. *supra*, t. I, p. 138.

(3) Pollux, VII, 11.

(4) Philostrate, *Vita Apoll.*, IV, 32, 12 : ἀλλ' ἐμπόρων τε καὶ ναυκλήρων κακοδαιμονέστερον τί ἐρεῖς ἔθνος; πρῶτον μὲν περινοστοῦσι ζητοῦντες ἀγορὰν κακῶς πράττουσαν, εἶτα προξένοις καὶ καπήλοις ἀναμιχθέντες πωλοῦσί τε καὶ πωλοῦνται.

(5) Büchsenschütz et Caillemer, *loc. cit.* ; Brandts, *loc. cit.*, p. 118.

CHAPITRE III

DES DÉLITS

SECTION I

Généralités.

Les obligations, ainsi que nous l'avons précédemment observé [1], peuvent, au lieu d'avoir leur source dans une convention, naître d'un délit, c'est-à-dire d'un fait portant une atteinte illicite au droit d'autrui et que la loi réprime en obligeant son auteur à fournir une peine pécuniaire à celui qui en a été la victime. Il y a, à ce point de vue, une différence fondamentale entre la notion de l'obligation délictuelle, telle que la comprend le droit moderne, et la notion admise par la plupart des législations primitives. Aujourd'hui, en effet, l'obligation délictuelle, tout en dérivant d'un fait illicite contraire au droit d'autrui, tend uniquement à faire obtenir à la victime du délit la réparation du préjudice qu'elle a souffert soit dans sa personne, soit dans ses biens. Dans le droit attique, au contraire, comme dans le droit romain, l'idée de peine sert de fondement à la notion de l'obligation délictuelle. Le créancier d'une semblable obligation ne se borne pas à demander la réparation du préjudice que lui a causé le délit; il poursuit en même temps

(1) *Supra*, p. 9.

l'application d'une peine privée, ποινή, qui apparaît comme la rançon de la vengeance privée qu'il avait primitivement le droit d'exercer [1].

Les faits illicites donnant naissance à une obligation délictuelle peuvent se grouper en deux grandes catégories, suivant qu'ils portent atteinte aux biens ou à la personne. Les faits de la première catégorie comprennent le vol et l'incendie, délits que nous avons eu précédemment l'occasion de signaler à propos des actions qui garantissent l'exercice du droit de propriété [2]. Ils comprennent également les délits ruraux dont nous nous sommes occupé à propos des restrictions apportées par la loi à l'exercice de ce même droit et connues sous le nom de servitudes légales [3].

Parmi les délits de la seconde catégorie se rangent : 1° l'injure réelle (ὕβρις); 2° les coups (αἰκία); 3° les actes de violence (βίαια); 4° les injures verbales (κακηγορία). Dans ces divers cas, la loi admet une action pour la répression du délit portant atteinte à la personne, mais cette action n'a pas toujours le même caractère : tantôt c'est une action publique, comme la γραφὴ ὕβρεως, dont l'exercice appartient à tout citoyen, tantôt c'est une action privée (δίκη αἰκίας, δίκη βιαίων, δίκη κακηγορίας) qui ne peut être exercée que par la partie lésée. Dans le droit attique, en effet, la ligne de démarcation entre les délits publics et les délits privés n'était ni nettement tracée, ni bien rationnellement établie. Nous n'avons point, d'ailleurs, l'intention d'exposer ici la théorie des actions qui servaient à réprimer les différents délits que nous venons de signaler, car elles ont un caractère principalement pénal et elles touchent, par conséquent, beaucoup plus au droit public qu'au droit privé [4]. Nous

(1) Cf. les judicieuses observations de notre collègue May (II, n° 347) sur la notion de l'obligation *ex delicto* en droit romain.

(2) *Supra*, t. III, p. 361.

(3) *Supra*, t. III, p. 158 et s.

(4) Cf. sur les différentes actions que nous venons de signaler : Thonissen,

nous bornerons à indiquer les règles de la δίκη βλάβης, action correspondant à celles qui, dans notre droit moderne, servent de sanction aux obligations naissant de ce que nous appelons les délits civils et les quasi-délits par opposition aux délits de droit criminel. Cette action a même, à notre avis du moins, un domaine plus large encore et peut servir de sanction aux obligations naissant des contrats, de sorte qu'elle a un caractère nettement privé et, comme telle, s'impose à notre étude.

SECTION II

Du damnum injuria datum.

Un dommage peut être causé sans droit à la propriété d'autrui soit par dol, soit par simple faute, dommage qui engage la responsabilité de son auteur indépendamment de toute relation contractuelle entre lui et la partie lésée. C'est ce genre de dommage que prévoit l'article 1382 de notre code civil, lorsqu'il décide que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». C'est ce même dommage, désigné sous le nom de *damnum injuria datum* que, à Rome, la célèbre loi Aquilia avait pour objet de réparer, d'où le nom de faute aquilienne pour désigner, par opposition à la faute contractuelle, celle qui engageait, en dehors de tout contrat, la responsabilité de celui qui l'avait commise. Dans le droit attique, c'est l'action βλάβης qui remplit le même but qu'à Rome l'action de la loi Aquilia.

La δίκη βλάβης est une des actions du droit attique pour lesquelles nous possédons des renseignements relativement assez abondants. Nous avons, sans doute, à déplorer la perte de plusieurs plaidoyers importants composés par les orateurs

p. 261 et s. ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 392-402, 628-632, 646-650, 650-657 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Aikias dikè* et *Biaion dikè*.

Lysias et Dinarque à l'occasion de procès βλάβης [1]. Mais nous possédons cinq plaidoyers de Démosthène concernant des questions de ce genre : ce sont les plaidoyers contre Olympiodore, contre Dionysodore, contre Calliclès, contre Nausimaque et Xénopithe et contre Panténète.

Le mot βλάβη, ou, chez les anciens écrivains attiques, le mot βλάβος [2], désigne, dans un sens large, toute espèce de dommage. Aussi l'expression δίκη βλάβης peut-elle s'appliquer également, *lato sensu*, à toute action par laquelle nous poursuivons la réparation d'un dommage causé à notre patrimoine ou, plus généralement encore, d'un préjudice quelconque que nous ayons subi. Peu importe, du reste, que ce préjudice ait pour cause un acte commis sans droit par l'auteur du dommage ou l'omission d'un acte que ce dernier était tenu d'accomplir [3].

Dans un sens restreint, le mot βλάβη s'applique spécialement au dommage que la loi Aquilia avait pour but de réprimer, au *damnum injuria datum* proprement dit, c'est-à-dire résultant d'un fait positif émanant de l'auteur du dommage ou d'une personne dont il est responsable et causé sans droit, *injuria*. En nous plaçant à ce point de vue spécial, nous dirons d'abord que c'est par la δίκη βλάβης que l'on poursuit la violation des règlements établis par Solon concernant les rapports de voisinage, et constituant ce que nous avons qualifié de servitudes légales [4]. C'est ainsi que Calli-

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 650, citent notamment à ce sujet le plaidoyer de Lysias contre Eschine et sa défense à une action βλάβης τετραπόδων, ainsi que cinq plaidoyers de Dinarque.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 651 ; Gide, *in* Daremberg et Saglio, v° *Blabes dike*. Cf. Pollux, VIII, 10.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius p. 651. Ces auteurs (*ibid.*, note 467) observent que c'est dans ce sens large que le mot βλάβη a dû être employé par Hippodamos de Milet, lorsqu'il croyait pouvoir ramener tous les faits juridiques à l'un de ces trois points : ὕβρις, βλάβη, θάνατος. Aristote, *Polit.*, II, 5 (8) 2, p. 1267, b, 38.

(4) V. *supra*, t. III, p. 167-168.

clès, dont le terrain est envahi par les eaux, intente l'action βλάβης contre son voisin, le fils de Tisias, en prétendant que ce sont les travaux indûment effectués par ce dernier qui ont été la cause de l'inondation [1]. C'est également l'action βλάβης que l'on exerce contre l'homme libre qui laisse paître ses troupeaux sur le terrain d'autrui, ou qui cause un dommage aux troupeaux ou aux esclaves d'autrui [2]. D'une manière générale, on peut faire usage de la δίκη βλάβης dans tous les cas où une personne cause volontairement un dommage à autrui par un fait positif quelconque. C'est ainsi que, dans une comédie d'Aristophane, on voit une boulangère menacer de poursuivre devant les agoranomes par la δίκη βλάβης un personnage qui, dans son ivresse, avait renversé un panier contenant des pains et endommagé la marchandise (βλάβη τῶν φορτίων) [3]. De même, dans la Midienne, la δίκη βλάβης est citée comme possible contre ceux qui lacèrent les vêtements ou endommagent volontairement des objets mobiliers appartenant à autrui [4].

Plusieurs autres exemples nous ont été conservés par les orateurs classiques. Ainsi Panténète intenta une action βλάβης contre Nicobule, parce que par la faute de ce dernier il avait été obligé de payer deux fois une redevance de mines. L'esclave de Nicobule avait, en effet, par ordre de son maître, dérobé l'argent que l'esclave de Panténète portait aux receveurs du fisc, d'où il était résulté un retard entraînant contre Panténète la peine du double [5]. De même, c'est par l'action βλάβης que Parménon poursuivait Apatourios qui l'avait empêché de faire une opération maritime avantageuse [6]. C'est également une action βλάβης que Nausima-

(1) Démosthène, *C. Callicl.*, §§ 12 et s.

(2) Platon, *Leges*, VIII, 9, p. 843 b. Cf. Thonissen, p. 276; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 652.

(3) Aristophane, *Vespæ*, 1386-1410.

(4) Démosthène, *C. Mid.*, § 25.

(5) Démosthène, *C. Pantæn.*, § 22.

(6) Démosthène, *C. Apatur.*, § 13 : ἐδικάζετο τούτῳ.... ὅτι τοῦ εἰς Σικελίαν

que et Xénopithe dirigeaient contre les fils d'Aristechme parce que celui-ci avait mal rempli ses fonctions de tuteur [1]. C'est, au surplus, ainsi que nous l'avons vu, l'action βλάβης qui remplace dans tous les cas contre les héritiers du tuteur la δίκη ἐπιτροπῆς, qui n'est possible que contre le tuteur lui-même [2]. Nous savons encore que l'orateur Dinarque, étant allé demeurer chez son ami Proxène, intenta une δίκη βλάβης à son hôte par le motif qu'il avait été dépouillé de valeurs importantes par la faute de Proxène [3]. On doit présumer que c'est par une action βλάβης que Mantithée critiquait l'usurpation de nom commise par son frère utérin Bœotos [5]. La même action pouvait enfin servir dans plusieurs autres hypothèses concernant le témoignage en justice. Ainsi elle est donnée à celui au nom de qui on a lu, à son insu et malgré lui, un témoignage devant le tribunal. Cette lecture est, en effet, de nature à l'exposer à une action de faux témoignage, et dès lors l'action βλάβης lui appartient contre la personne qui l'a exposé à un pareil danger [6]. D'autre part, celui qui,

πλοῦ διὰ τοῦτον κατεκωλύθη. C'est à ce fait que se réfère la phrase suivante de l'argument du plaidoyer : ἐδίωκε τὸν Ἀπατούριον.... βλάβης. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 655, note 481 et p. 650, note 463. V. toutefois Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 198.

(1) Démosthène, *C. Nausim. et Xenop.*

(2) V. *supra*, t. II, p. 315.

(3) Denys d'Halicarnasse, *De Dinarcho*, 3, p. 635 ; Pseudo-Plutarque, *Vita X orat.*, *Dinarch.*, 7 ; Harpocration, v° ἀργυροθήκη.

(4) Arg. Démosthène, *C. Bœot.*, I, § 5 : τοῦτο δ'ὅσα βλάπτει ποιῶν πρῶτον μὲν ἐμέ. Cf. Platner, II, p. 371 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 656 ; Thonissen, p. 277, note 3.

(5) Lipsius, sur Meier et Schœmann, *loc. cit.*, voit encore une δίκη βλάβης dans l'action dirigée par Tisias contre le jeune Alcibiade en raison de l'attelage qu'Acibiade l'ancien avait enlevé à Tisias (Isocrate, *De bigis*), ainsi que dans l'action intentée par Callimaque contre l'orateur du dix-huitième plaidoyer d'Isocrate en remboursement des cent mines qui avaient été vraisemblablement confisquées à cet orateur par le fait de Callimaque. Suivant Saumaise (*De modo usur.*, p. 552), c'est par l'action βλάβης que pouvait être poursuivi celui qui avait indûment constitué une hypothèque sans y être autorisé.

(6) Démosthène, *C. Aphob.*, III, § 16. Meier, Schœmann et Lipsius (p. 880) admettent, par un argument d'analogie tiré de ce texte, qu'une action βλάβης est

sommé de rendre témoignage en justice, ne venait point déposer ou qui, tout au moins ne prêtait pas l'ἐξωμοσία, jurant qu'il ne savait rien de l'affaire au sujet de laquelle on l'assignait, pouvait être actionné soit par la δίκη λιπομαρτυρίου, soit par la δίκη βλάβης. La première action était ouverte contre celui qui avait antérieurement promis son témoignage; la seconde avait lieu en l'absence de toute promesse [2]. L'exercice de l'action βλάβης dans cette dernière hypothèse montre que le domaine de cette action était plus large que celui de la loi Aquilia proprement dite, car celle-ci ne réprimait que le dommage résultant d'un fait positif, c'est-à-dire d'un acte de commission, et une simple omission, si préjudiciable qu'eussent été ses suites, ne tombait pas sous le coup de la loi. Il est vrai que, dans le cas de refus de témoignage, l'exercice de l'action βλάβης peut se justifier par des considérations spéciales, car de tous les dommages qu'on peut causer à autrui, un des plus grands est de refuser son témoignage à celui qui en a besoin. Aussi y a-t-il lieu de douter que cette action ait été recevable à raison de toute omission préjudiciable.

L'action βλάβης est possible dans une série d'hypothèses où le dommage a été causé non point par le défendeur personnellement, mais par une personne ou une chose dont il est responsable. Le droit attique a, en effet, admis le principe posé par l'art. 1384 de notre code civil que « on est res-

également possible de la part de celui dont on produit une ἐκμαρτυρία en justice, lorsqu'il ne reconnaît point cette déposition, et qu'il peut exercer cette action aussi bien contre ceux qui ont apporté cette ἐκμαρτυρία que contre ceux qui l'ont attestée. Les mêmes auteurs (p. 415 et 654) admettent également l'exercice de la δίκη βλάβης de la part de ceux qui, à leur insu, ont été nommés dans une demande comme κλητῆρες. Ils pourraient alors agir contre le demandeur qui les a ainsi exposés au danger de ψευδοκλητεία.

(1) Démosthène, *C. Timoth.*, § 20 : νυνὶ δὲ Ἀντιφάνει εἴληχα βλάβης ἰδίαν δίκην, ὅτι μοι οὔτ' ἐμαρτύρησεν οὔτ' ἐξωμόσατο κατὰ τὸν νόμον. — Cf. Platon, *Leges*, XI, 937, a : ὁ δ' εἰς μαρτυρίαν κληθείς, μὴ ἀπαντῶν δὲ τῷ καλεσαμένῳ, τῆς βλάβης ὑπόδικος ἔστω.

ponsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde. » Nous avons déjà rencontré plusieurs applications de ce principe. Ainsi nous avons vu que, sauf peut-être le cas d'ἀποκηρύξεως préalable [1], le père de famille est responsable à raison des obligations contractées par ses enfants ou des délits qu'ils peuvent commettre quand ils sont sous sa puissance [2]. Nous avons indiqué, d'autre part, les règles concernant la responsabilité du maître à raison des dommages causés par les esclaves qu'il possède et que l'on nomme spécialement βλάβη ἀνδραπόδων. Le maître, lorsqu'il est complice de l'acte dommageable commis par l'esclave, ne peut se libérer de la responsabilité qui pèse sur lui qu'en réparant intégralement le dommage causé. Mais s'il est demeuré étranger au fait dommageable, il peut se libérer en abandonnant à la partie lésée l'esclave auteur du fait préjudiciable [3].

Une responsabilité semblable pèse sur le propriétaire d'un animal à raison du dommage causé par celui-ci et que l'on nomme βλάβη τετραπόδων [4]. L'action βλάβης qui est alors donnée contre le maître de l'animal, correspond exactement à l'action *de pauperie* qu'avait admise la loi des XII Tables. Cette action donnait à la partie lésée le droit d'obtenir l'abandon noxal, sauf la faculté laissée au maître d'éviter la *noxæ deditio* en payant le montant du dommage causé [5]. De même, à Athènes, l'action paraît plutôt donnée contre l'animal que contre le maître, et dans le but de permettre à la victime du dommage l'exercice de la *vindicta privata* sur l'animal lui-même [6]. Une loi de Solon, rapportée par

(1) *Supra*, t. II, p. 141, note 2.
(2) *Supra*, t. II, p. 99.
(3) *Supra*, t. II, p. 454 et s.
(4) C'est cette même responsabilité qu'édicte l'art. 1385 du code civil.
(5) L. 1, pr. D, *Si quadrup.*, IX, 1.
(6) Platner, *Process*, II, p. 372, considère comme douteuse la question de

Plutarque, autorise, en effet, ou plutôt prescrit l'abandon noxal. Elle veut que le chien qui a mordu quelqu'un soit livré à la personne mordue, attaché à un billot de quatre coudées de long [1]. Or cette loi ne fait manifestement qu'appliquer un principe commun à tous les cas de dommage causé par un animal [2]. Une loi de Dracon, conservée par Solon, consacrait formellement l'exercice de la vengeance sur l'animal lui-même dans certains cas, et condamnait à mort le cheval ou tout autre animal qui avait tué ou grièvement blessé un homme. De même, d'après Plutarque [3], les animaux qui touchaient aux offrandes sacrées, étaient condamnés au dernier supplice. L'exercice de la vengeance sur des animaux privés de raison peut, sans doute, paraître ridicule et absurde. Mais elle se comprend dans une certaine mesure de la part de peuples primitifs, chez lesquels le symbolisme jouait un rôle que nous avons peine à concevoir aujourd'hui [4]. Aussi les choses inanimées elles-mêmes, lorsqu'elles avaient été la cause d'un homicide, étaient brisées et jetées hors des frontières [5] [6].

savoir si la partie lésée pouvait alternativement demander des dommages-intérêts ou exiger l'abandon noxal. Ce dernier droit nous paraît certain d'après la loi de Solon et l'analogie du droit romain.

(1) Plutarque, *Solon*, c. 14 : ἔγραψε δὲ καὶ βλάβης τετραπόδων νόμον, ἐν ᾧ καὶ κύνα δακόντα παραδοῦναι κελεύει κλοιῷ τριπήχει δεδεμένον. Xénophon, *Hellen.*, II, 4, 41, se réfère également à cette loi. V. *supra*, t. II, p. 456, note 1. C'est vraisemblablement à propos d'une action βλάβης τετραπόδων qu'avait été composé le plaidoyer de Lysias περὶ τοῦ κυνός. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 653, note 472 ; Hœlscher, *De vita Lysiæ*, p. 178.

(2) Eusèbe, *Préparat. évangel.*, liv. 5. Suivant Heffter (p. 138), Eschine aurait fait allusion à cette loi dans son discours contre Ctésiphon en parlant des choses muettes (ἄφωνα) et des choses privées de raison (ἀγνώμονα). Thonissen (p. 413) croit qu'Eschine avait plutôt en vue les instruments de l'homicide. Platon veut pareillement que l'animal coupable d'avoir d'avoir tué un homme soit tué et jeté hors des frontières.

(3) Plutarque, *De animal.*, II, 3.

(4) Cf. Thonissen, p. 413.

(5) Demosthène, *C. Aristocr.*, § 76 ; Eschine, *C. Ctesiph.*, § 244 ; Pollux, VIII, 90, 120. Cf. Thonissen, p. 256.

(6) Nous avons vu, en exposant la théorie du *pignus captum*, qu'une prise de

En dehors d'Athènes, la loi de Gortyne règle également le cas de dommages causés par des animaux domestiques à d'autres animaux appartenant à un propriétaire différent. Lorsqu'une bête à pied corné (bœuf, etc.) est estropiée par une bête de même espèce, l'action de dommage intentée par le propriétaire lésé n'est recevable que si celui-ci amène d'abord en présence de son adversaire sa bête blessée ou le cadavre de la bête morte; si la bête ne peut être transportée, il doit la faire voir à son adversaire en présence de témoins et après une sommation préalable. La réparation consiste, au choix du demandeur, soit dans l'échange des deux bêtes (sorte d'abandon noxal), soit en une somme équivalente à la valeur simple du dommage. Si l'animal lésant est un porc, l'inscription, mutilée sur ce point, nous apprend simplement qu'il est adjugé au propriétaire lésé. Si l'animal lésé est un cheval, un mulet ou un âne, les formalités préliminaires sont les mêmes que dans le cas d'un bœuf, mais nous ignorons le montant de l'indemnité [1].

Il nous reste à rechercher si le domaine de l'action βλάβης n'est point encore plus large et si cette action ne peut pas avoir pour objet les dommages si fréquents et parfois si considérables résultant de l'inexécution ou de la violation des contrats. La question est controversée. On décide, dans une première opinion, que c'est alors l'action dérivant du contrat lui-même qui devait être soumises aux juges, mais non la δίκη βλάβης. Cette dernière action ne pourrait donc notamment être exercée par un créancier lorsque le débiteur ne paye point sa dette conformément aux stipulations du contrat, par exemple, lorsqu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance. On rencontre, il est vrai, un cas où la formule d'action renferme l'expression ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα, alors qu'il s'agit simplement

gage, ἐνεχυρασία peut être pratiquée sur des animaux à raison du dommage qu'ils ont causé à la propriété d'autrui. *Supra*, t. III, p. 234.

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 393 et 484.

du recouvrement d'un prêt [1]. On voit aussi, dans le discours de Démosthène contre Callipe, que la δίκη βλάβης et la δίκη ἀργυρίου ont été successivement intentées par le même demandeur, Callipe, à l'occasion des mêmes faits, c'est-à-dire d'un dépôt d'argent fait par Lycon à la banque de Pasion et dont Callipe réclamait le remboursement. Mais, dit-on, on ne peut conclure de ces faits que la δίκη βλάβης puisse concourir avec l'action née du contrat pour procurer au créancier la satisfaction à laquelle il a droit. Il faudrait, en effet, pour pouvoir le décider ainsi, admettre que l'emploi des mots βλάπτειν et βλάβη comporte nécessairement l'exercice de la δίκη βλάβης. Or cela est fort contestable. Quant au rapprochement des deux actions βλάβης et ἀργυρίου dans le plaidoyer contre Callipe, il ne prouve pas que ces deux actions aient eu le même objet et aient pu être exercées indifféremment. Callipe avait d'abord intenté contre Pasion la δίκη βλάβης, non point en se prétendant créancier du banquier, mais, comme l'explique Apollodore [1], en argumentant de la violation qu'avait faite Pasion de sa promesse de ne pas restituer l'argent déposé hors de la présence de Callipe : de ce chef, ce dernier ne pouvait agir que par la βλάβης δίκη ni obtenir que des dommages-intérêts. Mais plus tard, après la mort de Pasion, Callipe, agissant contre Apollodore, modifie ses prétentions et se déclare nettement créancier du défendeur. Il soutient, comme le montre encore Apollodore, que Pasion, lors du dépôt effectué par Lycon, s'était engagé à restituer à Callipe la somme déposée. Or, comme le payement n'en avait pas été effectué entre les mains de Callipe, la succession de Pasion s'en trouvait débitrice envers ce dernier [2].

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 20 : γράφων εἰς τὰ ἐγκλήματα « ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα οὐκ ἀποδιδοὺς ἐμοὶ το ἀργύριον, ὃ κατέλειπεν ὁ πατὴρ ὀφείλοντα αὐτὸν ἐν τοῖς γράμμασιν. »

(2) Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 30-31. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 654, note 480. Suivant Dareste (*Plaid. civ.*, t. 2, p. 184, note 8), si Callipe, après avoir intenté contre Pasion la δίκη βλάβης, intente contre Apollodore la

On ne peut donc dire que la δίκη βλάβης puisse, en l'absence de circonstances particulières occasionnant un dommage spécial, servir à poursuivre le remboursement d'une dette d'argent [1].

Nous estimons, au contraire, que la δίκη βλάβης peut être employée non seulement dans le cas de faute aquilienne, mais encore dans celui de faute contractuelle et que, par suite, elle peut concourir avec l'action née du contrat pour assurer l'exécution des engagements du débiteur ou pour procurer au créancier les dommages-intérêts auxquels il a droit au cas de leur inexécution. Il ne faut point, sans doute, attacher une trop grande importance aux expressions employées par les orateurs, car, ainsi que nous l'avons plusieurs fois observé, la terminologie du droit attique est assez incertaine. Nous croyons néanmoins que l'on peut prendre en considération l'expression ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα qui est rapportée dans le plaidoyer pour Phormion [2], car elle se trouve dans la formule d'une action, ἔγκλημα, qui est remise aux magistrats et où l'on devait certainement employer des termes techniques. C'est en vain, d'autre part, que l'on a cherché à ébranler l'argument tiré du plaidoyer contre Callipe. Les interprétations que l'on a données pour expliquer l'emploi de la δίκη βλάβης par Callipe sont plus ou moins conjecturales, et l'on ne peut nier en tout cas que ce personnage ait intenté cette action à l'occasion de la violation d'un contrat. Le plaidoyer de Démosthène contre Olympiodore renferme d'ailleurs un autre cas d'exercice de l'action βλάβης à l'occasion de l'inexécution d'une convention. Callistrate et

δίκη ἀργυρίου, c'est que, sans doute, à Athènes comme à Rome, l'action pénale (et tel était le caractère de la δίκη βλάβης) ne pouvait être poursuivie que contre l'auteur du dommage et non contre ses héritiers. Cf. Gaius, *Inst.*, IV, 112.

(1) Cf. Caillemer, *loc. cit.*; Platner, *Process*, t. 2, p. 370; Thonissen, p. 277; Gide, *in* Daremberg et Saglio, vº *Blabes dike*.

(2) Démosthène, κατὰ Ὀλυμπιοδώρου βλάβης.

son beau-frère Olympiodore avaient fait un pacte entre eux pour le partage égal de la succession de leur parent. Mais Olympiodore, ayant obtenu l'envoi en possession de la succession entière, refusa d'en abandonner la moitié à Callistrate, comme c'était convenu. Or c'est par la δίκη βλάβης que Callistrate poursuit Olympiodore [1]. De même, si l'on s'en tient à la rubrique du plaidoyer de Démosthène contre Dionysodore [1], et il n'y a pas, selon nous, de raison suffisante pour en contester l'exactitude, l'action dirigée par Darios et Pamphile contre Dionysodore et Parménisque est une action βλάβης. Or les défendeurs y sont poursuivis en paiement d'une clause pénale stipulée dans un contrat de prêt maritime [2]. Nous possédons enfin une inscription attique qui autorise formellement l'exercice de l'action βλάβης à propos d'un contrat de bail et pour le cas où le bailleur voudrait ultérieurement modifier les clauses du contrat [3]. La δίκη βλάβης peut donc servir à assurer l'exécution du contrat et à en réprimer la violation [4].

Il y a toutefois une différence importante entre le cas où l'action βλάβης est exercée pour obtenir la réparation d'une faute aquilienne et celui où elle sert de sanction aux stipulations d'un contrat. Dans ce dernier cas, il n'y a pas, croyons-nous, à faire application de la règle que nous allons bien-

(1) Démosthène, ὁ κατὰ Διονυσοδώρου βλάβης.

(2) Blass, *Att. Bereds.*, III, 1, p. 521, enseigne que l'action intentée par Darios est une δίκη δανείου. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 224, estiment que c'est plutôt une action βλάβης. Lipsius (*ibid.*, note 65) observe que s'il s'agissait d'une action δανείου, on ne pourrait pas qualifier le plaidoyer de κατὰ Διονυσοδώρου. Une action δανείου aurait été, en effet, une δίκη πρός τινα.

(3) C'est le contrat de location des biens du dème d'Aixoné. Il renferme la clause suivante : ἐὰν δέ τις εἴπει ἢ ἐπιψηφίσει παρὰ τάσδε τὰς συνθήκας, πρὶν τὰ ἔτη ἐξελθεῖν τὰ τετταράκοντα, εἶναι ὑπόδικον τοῖς μισθωταῖς τῆς βλάβης. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 240, l. 29-31. Le texte suppose, comme l'observe Thalheim (sur Hermann, p. 121, note 2), un préjudice causé réellement au preneur et non point une simple tentative de dommage. V. *supra*, p. 169-170.

(4) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 223 et 654 ; Hermann-Thalheim, p. 121 ; Hitzig, p. 107. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 1.

tôt exposer et d'après laquelle le défendeur à l'action βλάβης doit être condamné au double si le dommage a été volontaire, c'est-à-dire que, s'il s'agit d'une faute contractuelle, le défendeur doit être condamné simplement à la réparation du préjudice, *id quod interest*. Dabord, en effet, les termes de la loi qui fixe l'indemnité au double ou au simple suivant que le dommage est volontaire ou involontaire, semblent étrangers à l'hypothèse d'un dommage provenant de l'inexécution d'une convention. On comprend, d'autre part, qu'en cas de faute contractuelle, la loi ne se préoccupe pas d'édicter une réparation au double en faveur de la partie lésée, car celle-ci a pu se protéger elle-même dans la convention contre la mauvaise foi de son cocontractant et stipuler, comme cela avait lieu fréquemment, une clause pénale pour le cas d'inexécution, clause qui, comme nous le verrons, était ordinairement du double [1].

En faisant donc abstraction du cas de faute contractuelle, les conséquences de la δίκη βλάβης sont nettement indiquées dans le discours de Démosthène contre Midias : « Nos lois concernant le dommage, dit-il, ordonnent toutes une réparation au double si le dommage est volontaire, au simple si le dommage est involontaire. C'est justice, car la partie lésée doit trouver appui dans tous les cas ; mais la loi n'a point établi une peine égale contre celui qui agit volontairement et celui qui agit involontairement [2]. » Si toutefois

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 651, qui restreignent d'ailleurs plus que nous l'application de la distinction du double et du simple.

(2) Démosthène, *In Midiam*, § 43 : πρῶτον μὲν οἱ περὶ τῆς βλάβης οὗτοι νόμοι πάντες, ἂν μὲν ἑκών τις βλάψῃ, διπλοῦν, ἂν δ'ἄκων, ἁπλοῦν τὸ βλάβος κελεύουσιν ἐκτίνειν. Dinarque, dans son plaidoyer contre Démosthène, § 60, se réfère également à cette loi : οἱ νόμοι περὶ μὲν τῶν ἄλλων ἀδικημάτων τῶν εἰς ἀργυρίου λόγον ἀνηκόντων διπλῆν τὴν βλάβην ὀφείλειν κελεύουσιν. Cf. Démosthène, *C. Aristocr.*, § 50 : ἄν τις καταβλάψῃ τινὰ ἑκὼν ἀδίκως. Un décret du peuple athénien relatif aux mystères d'Eleusis, et qui n'est point postérieur à 460, consacre la même distinction. *Corp. inscr. att.*, I, 1, B, l. 45 : τὰ μὲν ἀκούσια (sc. βλάβη) ἁπλᾶ, τὰ δὲ ἑκούσια διπλᾶ. Diodore de Sicile (XX, 70, 4) fait allusion au même principe quand il dit d'un coupable que la divinité l'avait puni au double en lui

le principe est certain [1], on peut être assez embarrassé d'en faire l'application aux différents cas de dommage, car on ne trouve dans les auteurs aucun renseignement sur ce qu'il faut entendre précisément par le βλάβος ἑκούσιον par opposition au βλάβος ἀκούσιον. Aristote a bien traité dans son *Ethique à Nicomaque* et dans ses *Grandes Ethiques* la distinction des actes en volontaires et involontaires, mais d'une façon assez confuse. Ainsi, dans ce dernier traité, il définit l'acte ἀκουσιόν : τό τε κατ' ἀνάγκην καὶ κατὰ βίαν γιγνόμενον, καὶ τρίτον ὃ μὴ μετὰ διανοίας γίγνεται [2]. Or si, au point de vue de l'action βλάβης, on peut entendre par dommage involontaire celui qui n'a pas été commis μετὰ διανοίας, on ne saurait voir une cause de responsabilité dans celui qui a été accompli κατ'ἀνάγκην καὶ κατὰ βίαν. De même, dans la *Morale à Nicomaque*, Aristote définit l'acte involontaire celui qui est fait par force majeure ou par ignorance (ὄντος ἀκουσίου τοῦ βία καὶ δι'ἄγνοίαν), tandis que « l'acte volontaire serait celui dont le principe est dans l'agent lui-même, qui sait en détail toutes les conditions que son action renferme [3]. » Il nous semble que le dommage volontaire puni au double est celui qui a été commis dans le dessein de nuire, tandis que le dommage involontaire est celui qui ne comporte pas une pareille intention mais suppose la faute ou le fait volontaire de son auteur. Nous pouvons alléguer à l'appui de cette interprétation un autre passage de la *Morale à Nicomaque*, où Aristote explique que l'intention est un élément nécessaire du délit et de l'injustice : « Quand je dis

enlevant ses deux fils. Platon enfin, dans son *Traité des lois*, IX, 6, p. 861 e, distingue également les βλάβαι en volontaires et involontaires.

(1) L'action de la loi Aquilia pouvait également donner lieu à une *pœna* du double, mais à un autre point de vue. Cette action faisait partie, en effet, de la catégorie de celles qui *crescunt in duplum* en cas d'*infitiatio* du défendeur. La *pœna* à Rome n'était donc jamais qu'éventuelle, tandis qu'à Athènes elle était toujours certaine lorsque le dommage était volontaire.

(2) Aristote, *Magn. mor.*, XVI, 1, p. 1188.

(3) Aristote, *Ethic. Nicom.*, I, § 20, p. 1111.

volontaire, j'entends, dit le philosophe, une chose que quelqu'un fait en connaissance de cause, dans des circonstances qui ne dépendent que de lui, et sans ignorer ni la personne à qui cette chose se rapporte, ni le moyen qu'il emploie, ni le but qu'il poursuit. Par exemple, je cite le cas où l'on sait qui l'on frappe, avec quel instrument on le frappe, pour quelle cause, et où chacune de ces conditions ne se produit ni par accident, ni par force majeure [1]. » En d'autres termes, on peut entendre le dommage volontaire de celui qui, comme dit encore Aristote, en faisant probablement allusion à la distinction posée par la loi qui nous occupe, est causé ἐκ προαιρέσεως, avec intention [2].

Dans les hypothèses où l'action βλάβης peut entraîner une condamnation au double parce que le dommage a été volontaire, elle ne rentre point pour cela dans la catégorie des actions pénales et elle continue d'appartenir aux actions privées (δίκαι), le double étant considéré plutôt comme une réparation que comme une peine [3]. Certains auteurs, tenant compte néanmoins du caractère de pénalité qui, dans le fonds, s'attache à la condamnation au double, et le combinant avec ce principe précédemment exposé que les fautes et les peines sont personnelles [4], ont proposé, en ce qui concerne l'exercice de l'action βλάβης contre les héritiers, la distinction suivante. Lorsque, a-t-on dit, le dommage est volontaire, et que, conformément à la loi de Solon, il doit être réparé au double, l'action ne peut être dirigée, avec ce caractère rigoureux,

(1) Aristote, *ibid.*, V, 8, § 3, p. 1135 (trad. Barthélemy Saint-Hilaire, p. 169).

(2) Aristote, *Magn. Moral.*, I, 17, § 7, p. 1189 : φαίνονται δέ τινες ὀλίγοι καὶ τῶν νομοθετῶν διορίζειν τό τε ἑκούσιον καὶ τὸ ἐκ προαιρέσεως ἕτερον ὄν, ἐλάττους τὰς ζημίας ἐπὶ τοῖς ἑκουσίοις ἢ τοῖς κατὰ προαίρεσιν τάττοντες. Aristote semble, il est vrai, opposer ici les actes ἑκουσία à ceux qui sont commis κατὰ προαίρεσιν. Cependant les lois positives auxquelles il se réfère sont peut-être celles qui distinguent pour la réparation du dommage entre celui qui est volontaire et celui qui ne l'est pas. V. toutefois Meier, Schœmann et Lipsius, p. 652, note 469. Cf. Dareste, *Science du droit*, p. 210 ; Platner, *Process*, II, p. 374.

(3) Cf. Gide, *loc. cit.*

(4) V. *supra*, t. III, p. 634.

que contre l'auteur même du dommage ; si donc celui-ci vient à mourir soit avant le procès, soit au cours de la procédure, l'action ne peut plus être continuée contre ses héritiers, ou du moins elle doit changer de caractère. Lorsqu'au contraire il s'agit d'un dommage involontaire, qui doit être réparé au simple, l'action est possible contre les héritiers comme elle l'était contre l'auteur du dommage [1]. Le plaidoyer de Démosthène contre Callipe renferme une application de ces principes. Le banquier Pasion était poursuivi par Callipe, qui lui reprochait d'avoir fait sciemment un paiement irrégulier, et qui avait en conséquence intenté contre lui une δίκη βλάβης exposant le défendeur à réparer le préjudice au double. Pasion étant mort pendant l'instance, la δίκη βλάβης se trouve éteinte par le décès de l'auteur du fait dommageable et le demandeur est alors obligé de lui substituer la δίκη βλάβης, action destituée de toute idée de pénalité et qui est donnée à tous ceux qui réclament le paiement d'une somme d'argent [2]. Ce n'est pas à dire pour cela que la δίκη βλάβης ne soit jamais possible contre les héritiers; elle peut être exercée contre eux, lorsque le dommage qui lui sert de fondement est involontaire, ou lorsque, le dommage ayant été volontaire, la δίκη βλάβης est donnée contre les héritiers en remplacement d'une autre action qui n'était possible que contre l'auteur même du dommage. C'est ainsi que, comme nous l'avons vu, la δίκη ἐπιτροπῆς ne pouvant être intentée que contre celui-là même qui a été investi de la tutelle, les héritiers du tuteur ne peuvent être poursuivis que par la δίκη βλάβης [3].

La distinction que nous venons d'exposer concernant la transmisibilité passive de l'action βλάβης paraît, sans doute, fort rationnelle, mais nous doutons qu'elle ait été consacrée par le droit attique. Elle est contraire, en effet, au principe

(1) Cf. Platner, *Process*, II, p. 333 ; Caillemer, *Successions*, p. 191.
(2) Démosthène, *C. Callip.*, §§ 14 et 16.
(3) V. *supra*, t. II, p. 315.

de la transmission aux héritiers de toutes les dettes qui pesaient sur le défunt. On ne peut, d'autre part, soutenir qu'il s'agisse d'une pénalité venant frapper les héritiers puisque, comme nous l'avons observé, la condamnation au double est plutôt considérée comme une réparation que comme une peine et que l'action βλάβης ne cesse point, même lorsque le dommage a été volontaire, d'être une δίκη, une action privée. C'est ainsi que, dans le cas où les parties ont stipulé une clause pénale, le paiement de la peine conventionnelle peut être poursuivi aussi bien contre les héritiers du contrevenant que contre celui-ci. Il n'y a non plus aucune raison suffisante pour que la mort de l'auteur du dommage prive la partie lésée de la réparation à laquelle elle avait droit. Quand à l'exemple de Callipe, il n'est nullement décisif, d'abord par ce motif que l'interprétation que l'on donne de la conduite de Callipe est plus ou moins conjecturale. D'un autre côté, dans l'espèce, la δίκη βλάβης étant intentée à raison de la violation d'un contrat, n'aurait pu comme nous l'avons admis, entraîner contre le défendeur une condamnation au double, mais seulement *in id quod interest*. Il n'y avait donc pas de raison pour que la δίκη βλάβης ne pût pas être formée contre les héritiers de Pasion aussi bien que contre le banquier lui-même.

Que la condamnation soit au double ou au simple, le dommage à la réparation duquel la partie lésée a droit et qui sert alors de base à la condamnation, se compose de deux éléments. L'un consiste dans la diminution effective du patrimoine résultant du fait dommageable, ce que les interprètes nomment *damnum emergens* [1], l'autre consiste dans le bénéfice ou gain dont la partie a pu être privée par ce même fait, c'est ce que l'on nomme le *lucrum cessans* [2]. Le

(1) Le plaidoyer de Démosthène contre Calliclès, §§ 3 et s. se réfère à une action fondée sur un *damnum emergens*.

(2) Le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios, § 13, vise un cas de *lucrum cessans*.

juge doit donc évaluer le montant de ces deux éléments de la réparation due au créancier, et c'est le résultat de cette évaluation qu'il alloue à ce dernier au double ou au simple, suivant que le dommage a été volontaire ou involontaire.

Ce n'est pas à dire pour cela que l'action βλάβης soit dans tous les cas une action estimable, ἀγὼν τιμητός. Il y a certains cas où, pour fixer le montant de la condamnation, il n'est besoin d'aucune estimation du litige. C'est ce qui a lieu d'abord lorsque la δίκη βλάβης est intentée en raison de la violation d'un contrat et que les parties ont stipulé une clause pénale. En pareil cas, le montant de la condamnation est déterminé d'avance d'après le chiffre fixé dans la clause pénale [1]. Il en est de même, en cas de *damnum injuria datum*, lorsque la loi fait elle-même l'évaluation. Telle est l'hypothèse de l'action βλάβης intentée par Calliclès contre les fils de Tisias à raison du dommage que ceux-ci ont causé au demandeur par leurs travaux. La loi fixait alors inévitablement à mille drachmes la condamnation pour toute atteinte portée au libre écoulement des eaux et, par suite, l'action n'entraînait aucune évaluation [2]. Il y avait, en pareil cas, un

(1) V. *infra*, p. 436. Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 223; Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 184, note 8.

(2) Démosthène, *C. Callicl.*, § 20 : ἐμοὶ βλάβης εἴληχε δίκην. § 18: ὅπου γὰρ δίκας ἀτιμήτους φεύγω. § 25 : ἀνθ' ὧν ἐγὼ χιλίων δραχμῶν δίκην ἀτίμητον φεύγω. Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 224-225 ; Dareste, *Plaid civ.*, t. I, p. 166. Heffter (p. 118, note) explique autrement le caractère ἀτίμητος de l'action de Calliclès. Celui-ci, dit-il, avait dû préalablement obtenir contre ses adversaires un jugement par défaut rendu par un arbitre et fixant le montant du préjudice à 1000 drachmes. Ce jugement étant passé en force de chose jugée et Calliclès agissant alors *ex judicato*, il n'y avait lieu à aucune estimation. Mais, comme l'observent très bien Meier, Schœmann et Lipsius (*loc. cit.*, note 66), l'orateur du plaidoyer de Démosthène ne dit pas un mot pour établir qu'il n'était point contumax, et ce qu'il cherche uniquement à prouver, c'est qu'il n'a causé aucun dommage. Thonissen (p. 278) enseigne, d'autre part, qu'il est difficile d'admettre que la loi ait établi elle-même une évaluation fixe et invariable dans une matière où la nature et l'importance du dommage peuvent varier à l'infini. Selon toutes les probabilités, dit-il, les

dommage que les grammairiens nomment ἔνθεσμος βλάβη [1]. En toute autre hypothèse, c'est-à-dire lorsque le montant de la condamnation ne se trouvait fixé d'avance ni par la loi, ni par la convention, le procès était τιμητός et le demandeur devait proposer une estimation (τίμημα) du dommage par lui souffert. Nous avons, dans les plaidoyers des orateurs, plusieurs exemples de semblables estimations faites par le demandeur. Ainsi, dans l'action dirigée par Panténète contre Nicobule, qui est une δίκη μεταλλική βλάβης, et en réponse à laquelle Démosthène a composé son plaidoyer, le demandeur avait fait un τίμημα de deux talents [2] pour le préjudice que lui avait causé le fait de son adversaire [3]. De même, dans le plaidoyer contre Nausimaque et Xénopithe, où il est question d'une action βλάβης dirigée contre les héritiers du tuteur, chacun des demandeurs fait contre chacun des défendeurs un τίμημα de trente mines [4].

En raison de la grande diversité des hypothèses dans lesquelles pouvait être intentée l'action βλάβης, il ne pouvait y avoir de règle fixe et uniforme de compétence pour l'instruction de cette action et son introduction devant le tribunal. On peut dire que l'hégémonie appartenait aux divers magistrats compétents pour connaître des faits sur lesquels était fondée l'action de dommage. Ainsi dans le cas

1000 drachmes mentionnées dans le discours de Démosthène représentaient l'évaluation faite par le demandeur. Mais cette opinion se heurte formellement à l'expression ἀτίμητος dont se sert l'orateur à différentes reprises.

(1) Lexic. Seguer. (Bekker), I, p. 251, 31 : ἔνθεσμος βλάβη : ἡ ἐν τοῖς νόμοις ὡρισμένη. Cf. *Ibid.*, p. 350, 16 : ἄθεσμος βλάβη : ἦσαν τινες ἄθεσμοι καλούμεναι βλάβαι, περὶ ὧν νόμος οὐκ ἦν κείμενος. Cf. Hésychius, v° ἄθεσμος δίκη et ἄθεσμος βλάβη.

(2) Démosthène, *C. Pantæn.*, § 51.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 225-226 ; Thonissen, p. 278, note 1. Le § 40 du plaidoyer, où il est dit : τὴν δίκην ἀτίμητον ὀφλεῖν αὐτῷ κτλ. pourrait laisser croire que le procès est ici ἀτίμητος. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 273, note 18. Mais il n'en est rien, ainsi que l'ont très bien expliqué Meier, Schœmann et Lipsius, p. 225, note 69.

(4) Démosthène, *C. Nausim. et Xenop.*, § 2.

où cette action était exercée contre les héritiers d'un tuteur à raison de la mauvaise gestion de leur auteur, l'hégémonie appartenait à l'archonte éponyme, compétent pour tout ce qui concerne la tutelle et les actions qui en découlent. De même, en cas de dommage causé à un marchand en détail, κάπηλος, l'action devait être portée devant les agoranomes. C'est, en conséquence, devant ces magistrats que la boulangère d'Aristophane actionne Philocléon qui a renversé son panier de pain [1]. La δίκη μεταλλικὴ βλάβης formée par Panténète a dû être soumise aux thesmothètes. L'action de dommage pour contravention aux règles de Solon concernant les constructions, plantations, fouilles, etc..., devait être portée devant les astynomes, et celle qui était fondée sur la faute ou le dol d'un témoin appartenait vraisemblement au magistrat compétent pour connaître de l'affaire principale. Le plus souvent, d'ailleurs, l'instruction de la δίκη βλάβης devait revenir aux Quarante [2].

Faut-il admettre, à côté de l'action βλάβης, une autre sorte d'action *in factum*, la δίκη ἀδικίου, également très générale et applicable, à défaut d'autre voie de droit, pour obtenir la réparation d'une lésion qui n'aurait revêtu aucune qualification spéciale mais résultant d'un acte illicite ? On a pu le penser sur le fondement de certaines définitions données par les grammairiens et qui sont, du reste, les seuls à mentionner l'existence de l'action ἀδικίου [4]. Mais, sans vouloir approfondir ici la question, nous estimons que l'action ἀδικίου citée par les grammairiens n'est autre que la γραφὴ ἀπατήσεως τοῦ δήμου ou ἀδικίας πρὸς τὸν δῆμον, à laquelle

(1) Aristophane, *Vespæ*, 1406 : προσκαλοῦμαί σ', ὅστις εἶ, πρὸς τοὺς ἀγορανόμους βλάβης τῶν φορτίων.

(2) Cf. sur ce point : Platner, *Process*, II, p. 373, 374 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 478 et 656.

(3) Cf. Valesius, sur Harpocration, v° ἀδικίου ; Platner, *Process*, II, p. 375.

(4) Lexic. Seguer. (Bekker), I, p. 199, 32 : ἀδικίου : ὄνομα δίκης κατὰ τῶν ὁποσοῦν ἀδικούντων. Cf. Suidas, Harpocration et Hésychius, *eod. v°*.

font allusion les orateurs. Pollux énumère, il est vrai, l'action ἀδικίου parmi les actions privées [1]. Mais, ainsi qu'on l'a dit justement, c'est là une erreur en laquelle le lexicographe a probablement été induit par la similitude de consonance entre cette action et l'action ἐνοικίου qu'il venait de citer [2]. Le besoin d'une action ἀδικίου ne se faisait d'ailleurs nullement sentir en outre de l'action βλάβης, car celle-ci suffisait pour obtenir la réparation de tout dommage illicite.

(1) Pollux, VIII, 31.

(2) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 424-428 ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Adikiou graphè*.

TITRE II

EFFETS DES OBLIGATIONS

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS

L'obligation a pour effet, d'une manière générale, d'obliger le débiteur à donner, à faire ou à ne pas faire ce à quoi il est tenu en vertu de son engagement. Le créancier a, en conséquence, une action pour le contraindre, à défaut d'exécution volontaire, à accomplir son obligation. Ainsi d'ailleurs que nous l'avons précédemment expliqué, il n'y a point dans le droit attique, à notre connaissance du moins, d'obligation naturelle, c'est-à-dire non munie d'action [1]. Toute créance confère donc au créancier les mêmes droits en cas d'inexécution par le débiteur.

L'inexécution [2] de l'obligation peut provenir soit d'un fait imputable au débiteur, dol, faute ou retard, ou d'un fait étranger au débiteur, cas fortuit ou fait du prince. Dans tous les cas, le créancier souffre un dommage, puisqu'il se trouve privé en tout ou en partie de la prestation à laquelle il a droit. Mais ces diverses causes d'inexécution n'engagent

(1) V. *supra*, p. 6.

(2) L'inexécution peut être qualifiée de παρασυγγραφή, expression que Pollux VIII, 150) définit ainsi : τὸ ἔξωθέν τι ποιῆσαι τῶν ἐν τῇ συγγραφῇ συγκειμένων.

pas toutes la responsabilité du débiteur au même degré, et il est certains cas où elles ne peuvent pas être mises à sa charge. Aussi Platon, lorsqu'il indique les règles générales des contrats, tout en posant en principe que toute inexécution de contrat donne lieu à une action ἀτελοῦς ὁμολογίας, excepte-t-il le cas où le contrat a été extorqué par violence, et où l'exécution en a été rendue impossible soit par une loi ou un décret, soit par un évènement fortuit ou imprévu [1].

En supposant d'abord que l'inexécution provienne d'un cas fortuit c'est-à-dire d'un évènement comme un incendie, une ruine, un naufrage, auquel le débiteur est resté étranger, ou, suivant l'expression grecque, de la θεοῦ βία [2], l'exécution de l'obligation étant alors devenue impossible sans la faute du débiteur, celui-ci doit être libéré. Ce principe, qui était proclamé par les jurisconsultes romains [3], devait être également reçu dans le droit attique. Ainsi, comme nous l'avons admis, les détériorations survenues par cas fortuit à l'immeuble engagé par voie de πρᾶσις ἐπὶ λύσει n'étaient point à la charge du créancier tenu de restituer cet immeuble [4]. De même, en matière de bail emphytéotique, les évènements de force majeure, tels que la guerre, entraînant pour le preneur impossibilité absolue de jouissance, autorisaient en sa faveur la résiliation du bail [5]. Pareillement encore, dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur n'est point responsable de l'interruption des travaux provenant d'un cas de force majeure [6].

(1) Platon, *Leges*, XI, 920 d : ὅσα τις ἂν ὁμολογῶν ξυνθέσθαι μὴ ποιῇ κατὰ τὰς ὁμολογίας, πλὴν ὧν ἂν νόμοι ἀπείργωσιν ἢ ψήφισμα, ἢ τινος ὑπὸ ἀδίκου βιασθεὶς ἀνάγκης ὁμολογήσῃ, καὶ ἐὰν ἀπὸ τύχης ἀπροσδοκήτου τις ἄκων κωλυθῇ, δίκας εἶναι τῶν ἄλλων ἀτελοῦς ὁμολογίας ἐν ταῖς φυλετικαῖσι δίκαις.

(2) L. 25, D. *Locati conducti*, XIX, 2 : Vis major, quam Græci θεοῦ βίαν appellant.

(3) L. 107, D. *De solut.*, XLVI, 3 ; l. 23, D. *De reg. jur.*, L, 17.

(4) *Supra*, t. III, p. 248.

(5) *Supra*, p. 199.

(6) *Supra*, p. 216.

Le principe dont nous venons de signaler l'application est souvent formulé par les interprètes du droit romain en les termes suivants : *res perit creditori*. Mais ce principe, dans le droit attique comme à Rome, ne devait s'appliquer que dans le cas où l'objet de l'obligation se trouvait être un corps certain qui avait péri, ou un simple fait dont l'exécution était devenue impossible. S'il s'agissait, au contraire, d'une dette de genre, le débiteur ne pouvait évidemment être libéré par les cas fortuits, car les genres ne périssent pas, *genera non pereunt*. C'est ainsi que, dans le prêt de consommation, les risques sont à la charge de l'emprunteur.

L'application de la règle *res perit creditori* fait naître, dans les contrats synallagmatiques, ce que l'on nomme la question des risques. Il s'agit de savoir si celle des parties qui se trouve libérée de son obligation par la survenance d'un cas fortuit, ne conserve point le droit de réclamer l'exécution de l'obligation incombant à son cocontractan ou si, au contraire, celui-ci ne peut pas se prétendre lui-même libéré, puisqu'il ne peut plus compter sur l'exécution de l'obligation de l'autre partie. Cette question se pose notamment pour les contrats de vente et de louage. Nous avons vu, en exposant la théorie du premier de ces contrats [1], qu'une fois le contrat formé, les deux obligations réciproques auxquelles il donne naissance sont entièrement indépendantes l'une de l'autre, en ce sens que si l'une d'elles, l'obligation du vendeur de livrer, ne peut être exécutée parce que la chose a péri, l'autre, celle de l'acheteur, n'en subsiste pas moins, de sorte que les risques sont pour ce dernier. Cette règle, ainsi que nous l'avons admis, s'applique non seulement au cas où la propriété est immédiatement déplacée par le paiement comptant du prix, mais encore dans celui où le transfert de la propriété est suspendu jusqu'au paiement.

(1) *Supra*, p. 128.

Dans le louage, si la chose louée vient à périr par cas fortuit, comme dans le cas d'incendie de la maison louée, le locataire cesse de devoir son prix pour le temps du bail qui reste à courir, les risques étant ainsi pour le bailleur [1]. C'est qu'en effet l'obligation du bailleur ne peut s'exécuter que d'une façon successive, de sorte que l'obligation du preneur a le même caractère et ne naît en conséquence qu'au fur et à mesure de la jouissance qui lui est procurée. Si donc le bailleur se trouve par une cause quelconque, même fortuite, dans l'impossibilité de procurer désormais au preneur la jouissance convenue, l'obligation de ce dernier doit prendre fin. Aussi avons-nous vu que, même dans le bail qui présente le plus de ressemblance avec la vente, c'est-à-dire dans le bail emphytéotique, les risques sont pour le bailleur, le preneur étant libéré de l'obligation de servir la redevance si sa jouissance devient impossible par suite d'un évènement de force majeure [2].

La question des risques peut également se poser de diverses manières en cas d'hypothèque ou de gage. Nous avons indiqué précédemment comment elle devait se résoudre [3].

L'inexécution de l'obligation peut provenir, en second lieu, d'un fait imputable au débiteur, dol, faute ou simple retard. Le dol consiste dans toute action ou omission par laquelle le débiteur contrevient de mauvaise foi à son engagement, tandis que la faute, tout en supposant un acte ou une omission contraire au droit d'autrui, ne témoigne chez son auteur aucune intention arrêtée de nuire. Il est certain qu'à Athènes, comme à Rome, la partie qui commet un dol en est dans tous les cas responsable. Le dol concomitant à la formation du contrat n'est point, sans doute, du moins dans l'opinion que nous avons adoptée, une cause de nul-

(1) *Supra*, p. 184.
(2) *Supra*, p. 408.
(3) *Supra*, t. III, p. 250 et 284.

lité de la convention. Mais le dol, envisagé comme cause d'inexécution donne certainement à la partie qui en est victime le droit d'obtenir réparation du préjudice qu'elle souffre par cette cause [1].

Quant à la faute, la responsabilité du débiteur à cet égard n'était point, dans le droit romain, réglée d'une manière uniforme : elle était plus ou moins étendue suivant que le débiteur retirait ou non un avantage du contrat, et s'il ne répondait que de sa faute lourde dans le premier cas, il était tenu, au contraire, de sa faute légère dans le second [2]. Il est difficile de savoir si le droit attique avait adopté une règle fixe à ce sujet ou s'il avait admis une distinction semblable à celle du droit romain. Nous serions plutôt porté à admettre que la responsabilité du débiteur quant à la faute variait suivant les divers contrats. C'est ainsi qu'en matière de société cette responsabilité était, comme nous l'avons admis, moins rigoureuse que dans d'autres contrats [3]. Probablement aussi les héliastes athéniens, qui le plus souvent n'étaient ou ne se croyaient liés par aucune loi, appréciaient-ils *in concreto* la responsabilité du débiteur, en tenant compte non seulement de la nature spéciale du contrat mais encore des circonstances de la cause.

Il peut enfin y avoir de la part du débiteur simple retard apporté à l'exécution de l'obligation à l'époque fixée par la convention. Ce retard peut être préjudiciable au créancier lorsque, par exemple, comptant sur un paiement à jour fixe, il s'est engagé dans des opérations que le défaut d'exécution ponctuelle pourra faire échouer. Le débiteur ne peut être responsable du retard que si au fait matériel du retard vient se joindre une faute de sa part. Mais si ce retard provient d'un évènement de force majeure, le débiteur, ainsi que nous l'avons précédement indiqué pour le

(1) V. *supra*, p. 347.
(2) Cf. May, t. II, n° 362.
(3) V. *supra*, p. 347-348.

contrat d'entreprise, n'encourt aucune responsabilité [1]. Faut-il, d'autre part, pour que le retard soit imputable au débiteur, que celui-ci ait été préalablement interpellé par le créancier et que cette interpellation ait été suivie d'une résistance injuste de la part du débiteur ? Une interpellation n'est point nécessaire, à notre avis du moins, lorsqu'il a été stipulé une clause pénale pour le cas d'inexécution. Cette clause nous paraît être encourue, à Athènes comme à Rome, *ipso jure*, par le seul fait de l'inexécution à l'époque convenue [2]. Mais, en l'absence de clause pénale, nous estimons que la responsabilité du débiteur n'est engagée que s'il se refuse à l'inexécution après une sommation du créancier, car la *mora* ne constitue qu'une variété de la faute, et il est difficile d'admettre que la seule arrivée du terme convenu suffise pour constituer le débiteur en faute, du moment que le créancier n'a pas encore manifesté l'intention de réclamer la prestation de ce qui lui est dû.

Lorsque, par suite d'une cause qui lui est imputable, le débiteur n'exécute pas l'obligation qui est à sa charge, le créancier a divers moyens à sa disposition. Il peut d'abord, si sa créance procède d'un contrat synallagmatique, se prévaloir de l'inexécution de la convention par son cocontractant pour se dispenser de remplir lui-même les obligations que le contrat met à sa charge. Plusieurs textes témoignent de l'existence dans le droit attique de ce que l'on nomme la condition résolutoire tacite que notre code civil sous-entend dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne remplit point ses engagements [3]. Ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Olympiodore, l'orateur, pour établir qu'il n'a point violé ses engagements, dit de son adversaire : « S'il y a quelque chose de vrai dans ce qu'il dit,... il aurait dû, en présence de nombreux témoins, de-

(1) V. *supra*, p. 408, note 6.
(2) V. *infra*, p. 436.
(3) C. civ., art. 1184.

mander l'annulation du contrat déposé chez Androclide, en alléguant que j'avais enfreint ce contrat, que j'agissais contre lui, et que dès lors ce contrat ne pouvait plus nous lier » [1]. Nous voyons de même, dans le plaidoyer contre Panténète, que celui-ci ne payant pas à son créancier Evergos, acquéreur fiduciaire, les intérêts correspondant à la jouissance de l'immeuble hypothéqué que le créancier avait laissé à son débiteur, Evergos rompit le bail et reprit possession de l'immeuble [2]. La condition résolutoire tacite n'opérait point cependant de plein droit, et si les parties ne consentaient point d'un commun accord à rompre le contrat, il fallait une décision judiciaire pour en prononcer l'annulation (ἀναιρεῖν) [3].

Un second moyen à la disposition du créancier, c'est d'agir judiciairement contre le débiteur récalcitrant. Mais que peut-il alors lui demander? Dans le droit romain, où l'objet du droit d'obligation était toujours considéré comme comme un *facere*, dans le sens large de ce mot, c'est-à-dire comme un acte essentiellement volontaire, le débiteur ne pouvait être contraint à exécuter effectivement la prestation dont il était tenu et, à défaut d'exécution volontaire, il n'encourait jamais qu'une condamnation pécuniaire. C'est seulement dans le cas où l'action était arbitraire que l'on pouvait arriver à contraindre indirectement le débiteur à l'exécution effective de son obligation par la menace de la condamnation pécuniaire prononcée pour le cas où il ne satisferait pas à l'ordre du juge. Le droit attique, à notre avis, n'a pas dû appliquer la théorie romaine, qui repose, en définitive, sur une notion assez subtile de l'obligation. Il a dû, au contraire, admettre la condamnation du dé-

(1) Démosthène, *C. Olympiod.*, § 46 : ἀξιοῦν ἀναιρεῖσθαι τὰς συνθήκας παρὰ τοῦ Ἀνδροκλείδου ὡς παραβαίνοντος ἐμοῦ καὶ τἀναντία πράττοντος ἑαυτῷ καὶ οὐκέτι κυρίων οὐσῶν τῶν συνθηκῶν ἐμοὶ καὶ τούτῳ.

(2) Démosthène, *C. Pantaen.*, § 7. V. *supra*, t. III, p. [illegible], note 3.

(3) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 21, note 13.

biteur *ad ipsam rem*, et les règles suivies à Athènes devaient être plutôt celles que notre code civil a consacrées dans les art. 1142 à 1145. Le créancier était, en conséquence, fondé à obtenir l'exécution même de l'obligation toutes les fois qu'il était possible de la lui procurer, ce qui pouvait avoir lieu, malgré le refus du débiteur, dans le plus grand nombre des obligations de faire ou de ne pas faire. Il aurait été, en effet, illogique et injuste que le créancier n'eût en de tels cas que le droit d'obtenir des dommages-intérêts contre le débiteur. C'est seulement dans le cas où l'exécution effective de l'obligation supposait l'emploi d'une contrainte personnelle contre le débiteur que le créancier ne pouvait obtenir que des dommages-intérêts et devait conclure à une indemnité pécuniaire. L'emploi de la contrainte sur la personne serait absolument opposé à l'esprit de la législation attique, du moins depuis les réformes de Solon. D'un autre côté, il ne pouvait non plus être question que d'une condamnation pécuniaire dans le cas où l'exécution avait été incomplète, de même que dans le cas où, s'agissant d'une obligation consistant *in non faciendo*, le débiteur avait contrevenu à son engagement.

Le créancier doit, en définitive, obtenir réparation intégrale du préjudice qu'entraîne pour lui l'inexécution ou l'exécution incomplète de l'obligation. Or le plus souvent ce préjudice consiste dans une diminution de son patrimoine, dans une perte, ce que les jurisconsultes romains appellent *damnum* [1], et les interprètes *damnum emergens*. Le préjudice peut aussi comprendre le bénéfice ou gain dont le créancier a été privé par le fait du débiteur, ou, suivant l'expression consacrée, le *lucrum cessans*. Les juges ont, en conséquence, à tenir compte de ces deux éléments pour évaluer en argent la réparation due au créancier et pour

(1) L. 3, D. *De damn. infect.*, XXXIX, 2.

fixer la condamnation aux dommages-intérêts qu'ils prononcent en sa faveur [1].

Armé du jugement qu'il a obtenu contre son débiteur et qui a pu condamner celui-ci non seulement à l'accomplissement de l'obligation principale, mais encore au paiement de la clause pénale stipulée dans le contrat ou à des dommages-intérêts, le créancier est en droit de pratiquer une saisie sur les biens de son débiteur et même, dans quelques cas exceptionnels, de s'en prendre à sa personne et de pratiquer sur lui la contrainte par corps. Mais quelquefois aussi le créancier n'est point obligé de recourir à la justice pour obtenir satisfaction sur les biens de son débiteur, et il est autorisé à saisir directement tout ou partie du patrimoine de son obligé. Il en est ainsi d'abord lorsque le créancier s'est fait donner une hypothèque ou un gage [2]. Comme nous l'avons vu en étudiant la théorie des sûretés réelles, le créancier a alors le droit, faute de paiement par le débiteur à l'échéance, de s'emparer par voie d'ἐμβατεύσεως du bien affecté à la garantie de sa créance, et il est protégé, dans l'exercice de ce droit, par la δίκη ἐξούλης. D'un autre côté, même en l'absence de toute constitution d'hypothèque, le créancier est autorisé à procéder immédiatement à l'exécution sur les biens du débiteur, lorsque celui-ci est obligé en vertu d'un contrat exécutoire. Le créancier se trouve alors, comme nous le verrons, à peu près dans la même situation que si le contrat lui concédait une hypothèque générale.

L'action générale qui est à la disposition du créancier pour faire valoir les droits qui naissent à son profit de l'inexécution du contrat, est la δίκη συμβολαίων ou δίκη συνθηκῶν παραβάσεως [3]. Elle lui appartient, du reste, dans tous les cas

(2) V. *supra*, p. 401.

(1) Nous faisons abstraction de la prise de gage sur le fondement de certaines créances privilégiées, car, dans le droit attique, on ne rencontre point de créance de ce genre ayant un caractère privé. V. *supra*, t. III, p. 234.

(2) Pollux, VIII, 31, dans son énumération des diverses actions, dit : συμβολαίων,

où il y a violation de la convention, et son exercice n'est nullement subordonné à l'existence d'un contrat écrit. Ces mots συνθήκη et συμβόλαιον ont, en effet, comme nous l'avons vu [1], un sens large et s'appliquent aussi bien à la convention même des parties qu'à l'écrit qui la constate.

Nous avons eu fréquemment l'occasion de signaler l'emploi de la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως en exposant la théorie des divers contrats, notamment à propos de la constitution de dot [2], du louage [3], du prêt [4], de la société [5], du séquestre [6] et des diverses conventions qui peuvent intervenir en matière d'hypothèques [7]. Cette action peut être mise en mouvement toutes les fois que le créancier se prévaut d'une violation directe ou indirecte des engagements contractés par le défendeur [8]. Nous avons vu également que cette action peut concourir avec d'autres naissant également au profit du créancier du même fait juridique [9].

La compétence, en ce qui concerne l'action συνθηκῶν παραβάσεως doit varier selon les circonstances de la cause, car il s'agit d'une action très générale, qui, comme l'action βλάβης, ne peut *a priori* être attribuée exclusivement à l'hégémonie exclusive de tel ou tel magistrat [10]. En ce qui concerne

συνθηκῶν παραβάσεως. Meier et Schœmann (*Att. Process*, 1re éd., p. 510) font dépendre le mot συμβολαίων, de même que συνθηκῶν, du mot παραβάσεως. Lipsius (sur Meier et Schœmann, p. 697, note 599) estime, avec plus de raison peut-être, que l'action qui nous occupe se nomme soit συμβολαίων, soit συνθηκῶν παραβάσεως. Cf. Lysias, *De pec. public.*, § 3 : λαχὼν ὁ πατὴρ παντὸς τοῦ συμβολαίου 'Ερασιστράτῳ. C'est cette même action que Platon (*Leges*, XI, 5, p. 920 *d*) nomme ἀτελοῦς ὁμολογίας. V. *supra*, p. 408.

(1) V. *supra*, p. 53 et s.

(2) V. *supra*, t. I, p. 297.

(3) V. *supra*, p. 196 et 225.

(4) V. *supra*, p. 230, 240.

(5) V. *supra*, p. 353.

(6) V. *supra*, p. 340.

(7) V. *supra*, t. III, p. 248, 286, 304.

(8) V. *infra*, p. 483.

(9) V. *supra*, p. 240 et s.

(10) V. *supra*, p. 403.

la procédure de la δίκη συνθηκῶν παραβάσεως, on est autorisé à conclure d'un texte d'Eschine [1] que la partie perdante est condamnée à l'épobélie lorsqu'elle n'obtient pas au moins la cinquième partie des suffrages [2].

Le créancier ne peut-il point, pour obtenir la réparation à laquelle lui donne droit la violation du contrat, exercer une autre action, la δίκη βλάβης? C'est une question controversée que nous avons précédemment examinée et résolue affirmativement [3]. Nous avons admis, du reste, que si l'action βλάβης est exercée pour ce motif, le créancier ne peut obtenir qu'une condamnation *in id quod interest*, et que la loi qui prononce la condamnation au double en cas de βλάβος ἑκουσίου est étrangère à cette hypothèse.

A Rome, comme aujourd'hui dans notre législation, le droit de créance confère à son titulaire le droit de critiquer, le cas échéant, les actes passés par le débiteur et de les faire tomber s'ils ont été consentis *in fraudem creditoris*. Le droit attique a-t-il admis une institution semblable à celle de l'action paulienne? Nous ne possédons aucun renseignement à ce sujet. Nous serions toutefois plutôt porté à croire que la fraude commise par le débiteur n'était point une cause d'annulation des actes passés par lui, même si le tiers avec qui il contractait était complice de la fraude, alors du moins qu'il s'agissait d'un acte à titre onéreux [4]. Mais, dans ce dernier cas, le créancier lésé avait toujours la ressource de l'action βλάβης contre le tiers complice, et la condamnation pouvait alors être prononcée au double contre ce dernier, car on se trouvait bien là dans un cas de βλάβος ἑκουσίου. Nous avons signalé, en exposant les règles de publi-

(1) Eschine, *C. Timarch.*, § 163 : ὁ δ' οὐ ποιεῖ μοι τὰ ὡμολογημένα..... προσοφλὼν ἄπεισιν ἐκ τοῦ δικαστηρίου οὐ τὴν ἐπωβελίαν μόνον κτλ.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 951 ; Lécrivain, *in* Daremberg et Saglio, vº *Epobélia*.

(3) V. *supra*, p. 393 et s.

(4) Pour les donations *in fraudem creditorum*, v. *supra*, t. III, p. 134.

cité des mutations de propriété, un système pratiqué dans l'île d'Ænos, et qui avait pour but notamment d'assurer la sincérité des ventes et d'empêcher les débiteurs de soustraire leurs biens à l'action de leurs créanciers en les mettant sous le nom d'amis complaisants [1]. On ne rencontre aucune mesure semblable dans le droit attique.

(1) *Supra*, t. III, p. 326.

CHAPITRE II

GARANTIES DESTINÉES A ASSURER L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I

Généralités.

L'impossibilité pour le créancier de trouver toujours dans l'action personnelle dont il est muni une sanction suffisamment efficace de ses droits contre le débiteur, a donné naissance, dans toutes les législations, à certaines conventions accessoires destinées à assurer au créancier des garanties en cas d'inexécution. Quelquefois même la loi intervient, dans certains cas exceptionnellement favorables, pour investir le créancier de ces garanties sans qu'aucune convention soit intervenue à ce sujet avec le débiteur. On ne voit point, dans le droit attique, la loi fournir elle-même au créancier de semblables garanties, du moins si l'on admet, comme nous l'avons fait, que la législation d'Athènes ne connaît pas l'institution de l'hypothèque légale. La nature favorable de la créance ne fait jamais naître, *ipso jure*, un droit réel au profit du créancier ; elle l'autorise seulement, dans certaines hypothèses tout à fait exceptionnelles, à saisir sans jugement préalable les biens de son débiteur et à acquérir par cette saisie un droit réel sur ses biens. La loi attique ne paraît point, d'autre part, avoir admis la solidarité légale.

Mais on rencontre, à Athènes, ces mêmes conventions

accessoires qui étaient également en usage à Rome et qui ont pour but de fournir au créancier des garanties soit contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur, soit contre l'insolvabilité de ce dernier. Ainsi d'abord, pour se prémunir contre la négligence ou la mauvaise volonté du débiteur, le créancier peut lui demander une remise d'arrhes ou stipuler de lui une peine ou une clause spéciale destinée à faciliter le recouvrement de la créance. D'un autre côté, pour se garantir contre les suites de l'insolvabilité du débiteur, le créancier peut se faire donner des sûretés. Celles-ci peuvent elles-mêmes être de deux sortes. Les unes consistent dans l'affectation spéciale au créancier de certains biens du débiteur au moyen d'un gage ou d'une hypothèque : ce sont les sûretés réelles. Les autres, que l'on qualifie de sûretés personnelles, sont des garanties provenant de l'intervention d'une ou de plusieurs personnes qui s'engagent avec le débiteur soit principalement, par voie de solidarité, soit accessoirement, par voie de cautionnement. Le recouvrement des droits du créancier peut enfin être facilité par l'exercice d'une voie d'exécution spéciale sur la personne même du débiteur, à savoir la contrainte par corps. Nous allons exposer successivement la théorie de ces diverses garanties, sauf celle des sûretés réelles que nous avons précédemment étudiées en les considérant comme des démembrements du droit de propriété [1].

(1) V. *supra*, t. III, p. 176 et s.

SECTION II

Garanties contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur.

§ I. — Des arrhes (1).

L'usage des arrhes [1], que l'on rencontre dans presque toutes les anciennes législations, était également connu dans le droit grec. D'après un auteur, c'est Thalès qui en aurait eu le premier l'idée [2]. Mais cette assertion provient d'une méprise sur le sens d'une anecdote que racontent Aristote [3] et Cicéron [4] relativement à Thalès. Celui-ci, voulant confondre ses compatriotes qui contestaient l'utilité de la philosophie, avait pu, grâce à ses connaissances astrologiques, prévoir dès le commencement de l'hiver que la récolte des oliviers serait très abondante l'année suivante. Il loua, en conséquence, pour un prix très modéré, tous les pressoirs à huile existant dans le pays et que personne ne songeait alors à lui disputer. Mais l'exiguité de ses ressources ne lui permettant pas de payer immédiatement l'intégralité du prix de location, il se borna à remettre des arrhes à ses bailleurs. Il put alors, au moment de la récolte, réaliser de beaux bénéfices en sous-louant les pressoirs dont il avait acquis le monopole, et démontrer à ses concitoyens l'utilité de sa science. En définitive, lorsqu'A-

(1) Le mot grec pour désigner les arrhes, est ἀρραβών (d'où le mot latin *arrha*). Suivant Caillemer (*Contrat de vente*, p. 6), à l'époque de Lucien ce mot n'aurait plus été usité et on l'aurait remplacé dans l'usage par le mot προνόμιον. Il serait même si bien tombé en désuétude qu'il suffisait de l'employer pour être qualifié d'érudit admirable. Lucien, *Le maître de Rhétorique*, c. 17.

(2) Wachsmuth, II, p. 189.

(3) Aristote, *Politique*, I, 4, 5.

(4) Cicéron, *De divinatione*, I, c. 49, § 111-112.

ristote déclare que Thalès serait l'inventeur d'une combinaison permettant de faire fortune, il parle non pas des arrhes données par le sage, mais de son opération elle-même constituant un véritable marché à terme. En donnant des arrhes, conformément à un usage qui existait avant lui, Thalès a voulu uniquement se préserver contre la mauvaise foi des bailleurs et prévenir la rupture des contrats [1].

C'est uniquement à l'occasion de la vente que les auteurs grecs parlent de l'usage des arrhes [2]. Il y a tout lieu de croire cependant que cet usage pouvait également être pratiqué pour rendre plus solides d'autres contrats, tels que celui de location. L'anecdote racontée par Aristote prouve même que c'est à l'occasion d'un contrat de location que Thalès a donné des arrhes. Nous nous bornerons toutefois, avec les textes, à rechercher la signification des arrhes dans le contrat de vente.

Le texte le plus important, à cet égard, est le fragment du *Traité des lois* de Théophraste qui nous a été conservé par Stobée et qui est consacré au contrat de vente [3]. Malheureusement ce texte est assez obscur, et nous n'avons guère pour le compléter et l'interpréter que quelques passages de grammairiens et lexicographes dont le témoignage n'a point, *a priori*, une bien grande autorité pour résoudre des questions de droit attique à l'époque classique.

Nous avons d'abord à rechercher si les arrhes sont exigées pour la perfection même du contrat. On a soutenu l'affirmative [4], et il faut reconnaître que le texte de Théophraste favorise à première vue cette manière de voir. Il porte, en effet : κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις... εἰς δὲ παράδοσιν καὶ

(1) Cf. Caillemer, *Contrat de vente*, p. 662 ; Hermann-Thalheim, p. 88, note 1.

(2) V. les textes cités *infra*, p. 425, et notamment les définitions d'Harpocration et de l'Etymol. magnum, v° ἀρραβών.

(3) Stobée, XLIV, 22. V. *supra*, t. III, p. 120.

(4) Hofmann, p. 47, 56, 60, 104 et s. ; Sieveking, p. 26-27. V. *supra*, p. 18 et s.

εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ· σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν [1] : le contrat d'achat et de vente est parfait... en ce qui concerne l'obligation de livrer et la vente même, dès que le vendeur a reçu les arrhes. Nous estimons néanmoins, conformément à l'opinion générale, que le contrat de vente est parfait, indépendamment de la dation des arrhes, par le seul consentement des parties. Il serait dangereux, en effet, comme nous l'avons déjà vu à propos de la première phrase de ce même texte [2], d'interpréter littéralement le texte si concis de Théophraste pour en conclure *a contrario* que le contrat de vente n'est point parfait tant que les arrhes n'ont point été reçues par le vendeur. Les arrhes, ainsi que nous allons bientôt le démontrer, sont, dans le droit attique, un signe de l'échange des consentements, de la conclusion de la vente. Dès lors, Théophraste a très bien pu, pour exposer les effets de la vente, se placer dans une hypothèse où il ne pouvait y avoir de doute sur la conclusion du contrat, et il a parlé des arrhes uniquement comme *argumentum emtionis et venditionis contractæ* [3]. Mais si la preuve de l'accord des parties peut être fournie d'une autre manière, à l'aide de témoins ou d'un écrit, les effets de cet accord se produisent même en l'absence de toute dation d'arrhes, et l'acheteur peut agir aussitôt contre son vendeur εἰς τὴν παράδοσιν, en délivrance de la chose vendue. Si la dation d'arrhes avait été nécessaire pour la perfection du contrat, les documents assez nombreux qui relatent des contrats de vente en auraient certainement fait mention. Or, sauf dans une inscription [4], il n'est jamais parlé de cette formalité. Notre conclusion est donc que si la dation d'arrhes était très fréquente et même habituelle dans la vente à Athènes, elle

(1) *Loc. cit.*, § 4.
(2) V. *supra*, t. III, p. 121.
(3) Gaius, III, 139.
(4) *Corp. inscr. græc.*, II, 2058.

ne constituait point cependant une condition indispensable à la perfection du contrat [1] [2].

Quelle est donc alors la signification des arrhes dans le droit grec? Nous devons, avant de citer le texte de Théophraste, observer préalablement que, d'après le philosophe lui-même, la matière n'était point réglée d'une manière uniforme dans toute la Grèce. C'est ce qui résulte des termes du passage déjà cité : σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν. C'est ce qui s'induit également de ce que rapporte Théophraste sur la différence existant relativement au taux des arrhes et aux effets du dédit. Il serait donc *a priori* imprudent de vouloir généraliser d'une manière trop absolue les règles que Théophraste nous rapporte du droit des Thuriens.

Après le passage précité, suivi d'une règle relative à la liberté du consentement, Théophraste continue dans les termes suivants : « Certains législateurs déterminent le taux des arrhes, qui doivent consister dans une certaine fraction du prix total. Il serait absurde, en effet, qu'un simple anneau pût servir d'arrhes pour dix talents. Si le vendeur, après avoir reçu les arrhes, refuse de recevoir le prix, ou si l'acheteur, après avoir donné les arrhes, ne paye pas le prix au terme fixé, — il faut en effet qu'il y ait terme fixé,

(1) Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de vente*, p. 634 ; Anthes, p. 35 ; Platner, *Process*, II, p. 340, Meier, Schœmann et Lipsius, p. 714 ; Lipsius, *in Bursians Jahresbericht*, t. II, p. 1402, et *Bedeutung d. griech. Rechts*, p. 27, note 10. Il faut, au surplus, distinguer des arrhes, ἀρραβών, les σύμβολα, ou marques, consistant ordinairement en une pièce de monnaie coupée en deux et remise par le vendeur à l'acheteur pour servir de légitimation à la personne chargée par ce dernier de prendre livraison de la chose. V. Scholie sur Euripide, *Méd.*, 610, Pollux, IX, 71. Cf. Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 714, note 671.

(2) Le système du droit attique est donc, sur ce point, le même que celui qui est indiqué par la loi 35, pr. D. *De contr. empt.*, XVIII, 1, dans les termes suivants : « Quod sæpe arrhæ nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. »

ainsi dans la loi des Thuriens, les arrhes se donnent immédiatement et le prix doit être payé dans la même journée ; d'autres donnent plusieurs jours pour le paiement du prix, d'autres enfin s'en remettent sur ce point à la convention des parties, — quelle sera, en ce cas, la peine encourue par l'un et par l'autre ? Faudra-t-il condamner l'acheteur à perdre les arrhes ? C'est ce que décident presque toutes les lois et notamment celles des Thuriens. Et le vendeur qui refuse de recevoir le prix, devra-t-il payer une somme égale à la totalité du prix stipulé ? [1] C'est encore ce que décide la loi des Thuriens. Ou bien faut-il dire qu'alors la peine est inégale, puisque les arrhes ne sont qu'une fraction minime du prix ? La peine du vendeur serait plus forte encore s'il perdait à la fois les arrhes et le prix, dans le cas où le prix a été stipulé payable le jour même, ainsi que la plupart des lois l'admettent ; mais d'autres donnent seulement une action contre le vendeur qui refuse de recevoir le prix » [2].

Il importe de rapprocher immédiatement de ce passage de Théophraste les définitions que nous ont données les grammairiens. L'*Etymologicum magnum* définit ainsi le mot ἀρραβών : ἡ ἐπὶ ταῖς ὠναῖς παρὰ τῶν ὠνουμένων διδομένη προκαταβολὴ ὑπὲρ ἀσφαλείας. Suidas s'exprime en termes presque identiques, mais avec une différence significative : ἀρραβών· ἡ ἐν ταῖς ὠναῖς περὶ τοῦ ὠνουμένου διδομένη πρώτη καταβολή, ὑπὲρ ἀσφαλείας. Harpocration [3] et l'un des lexiques de Séguier [4] s'occupent également des arrhes à propos de la δίκη βεβαιώσεως et leur attribuent un effet que nous indiquerons bientôt. Nous voyons enfin l'usage des arrhes signalé dans un des

(1) Suivant Hermann-Thalheim, p. 88, note 3, les dispositions obscures et incomplètes de la loi de Gortyne (IX, 43 et s.) se rattachaient peut-être au sujet traité ici par Théophraste.

(2) Trad. Dareste, *Science du droit*, p. 309. La traduction d'Hermann-Thalheim, p. 152-153 concorde avec celle de Dareste. Cf. également la traduction d'Hofmann, p. 85.

(3) Harpocration, v° βεβαιώσεως.

(4) Bekker, *Anecd.*, I, p. 219.

plaidoyers d'Isée. L'orateur nous parle d'un nommé Dioclès qui, ayant à pourvoir à des funérailles, fait plusieurs acquisitions à Athènes, payant comptant dans certaines boutiques et se bornant à donner des arrhes dans d'autres [1].

Il nous paraît résulter de l'ensemble de ces textes que, dans le droit commun de la Grèce, les arrhes sont un gage donné par l'acheteur au vendeur et qu'elles sont, avant tout, le signe de la conclusion de la vente. Leur dation est donc postérieure au contrat et elles ne peuvent le précéder que lorsque que celui-ci est lui-même précédé d'une convention antérieure à laquelle les arrhes peuvent se rattacher [2]. Ce premier caractère des arrhes nous paraît, du reste, leur avoir appartenu non seulement à Athènes, comme on l'a prétendu [3], mais dans tout le droit grec, en général. Ce que nous dit Théophraste de la faculté de dédit attachée à la dation d'arrhes dans la plupart des lois grecques, et notamment à Thurium, ne s'oppose nullement à ce que, même dans ces lois, les arrhes n'aient été destinées également à prouver la perfection de la vente [4].

Les arrhes produisent un autre effet, mais qui varie alors suivant les législations, c'est-à-dire qu'elles servent à donner aux parties la faculté de dédit. Presque toujours, par suite soit d'une convention des parties, soit même d'une disposition de la loi locale, les arrhes sont la peine d'un dédit réservé aux parties. Si celles-ci usent de leur droit, le contrat, qui cependant était parfait, se trouve rétroactivement anéanti comme par l'effet d'une condition résolutoire. Pour concilier alors cette faculté de dédit avec l'exer-

(1) Isée, *De Cir. her.*, § 23 : ἀλλὰ καὶ ἐωνῆσθαι τι τῶν εἰς τὴν ταφήν, τῶν δὲ ἀρραβῶνα δεδωκέναι οὗτος φάσκων.

(2) Dareste, *Traité des Lois*, p. 283.

(3) Caillemer, *Contrat de vente*, p. 665.

(4) Cf. Dareste, *loc. cit.*, *Science du droit*, p. 310 note 1 et *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXIX ; Lipsius, *in Bursians Jahresbericht*, t. II, p. 1402 et *Bedeutung d. griech. Rechts*, p. 27, note 10.

cice des actions résultant du contrat, on avait décidé, comme nous l'apprend Théophraste, que l'on ne pourrait user de cette faculté que pendant un certain temps, ordinairement très court, et fixé soit par la convention, soit par la loi, ἐν τῷ ὡρισμένῳ χρόνῳ, δεῖ γὰρ ὡρίσθαι [1]. Le temps accordé pour le dédit ne peut d'ailleurs, d'après Théophraste, jamais dépasser le payement du prix [2]. Nous croyons même qu'il faut dire que, d'une manière générale, la faculté de dédit ne peut s'exercer que *rebus integris*, c'est-à-dire tant que l'une des parties n'a pas exécuté son obligation du consentement de l'autre. Si donc le vendeur a fait délivrance à l'acheteur, qui l'a reçue, de la chose vendue, il n'y a plus lieu à dédit, car les parties ont renoncé tacitement à exercer leur droit. Aussitôt après l'expiration du délai fixé pour le dédit, les parties rentraient dans tous leurs droits et pouvaient exercer toutes les actions résultant du contrat. L'acheteur avait, en conséquence, le droit d'agir en délivrance et le vendeur en payement du prix.

Considérées à ce dernier point de vue, les arrhes peuvent donner lieu à plusieurs combinaisons différentes que Théophraste examine successivement. Il remarque à ce sujet que la faculté de dédit est, en général, accordée plus facilement à l'acheteur qu'au vendeur, car l'acheteur qui se dédit ne perd que les arrhes, c'est-à-dire une somme relativement minime [3], tandis que le vendeur doit, pour pouvoir se dédire, payer une indemnité égale au prix et qui ne le dispense

(1) Cf. Dareste, *Traité des Lois*, p. 285; Hofmann, p. 109.

(2) Il n'y avait donc lieu à dation d'arrhes que dans les ventes à crédit. Cf. Büchsenschütz, p. 527.

(3) Les arrhes, d'après Théophraste, sont fixées quelquefois par la loi à une certaine fraction du prix total. Rien n'empêcherait cependant les parties de les déterminer autrement, ou même de se servir d'un simple anneau à titre d'arrhes. Cf. l. 5, § 15, D. *De institor. act.*, XIV, 3 : « Si institor, quum oleum vendisset, annulum arrhæ nomine acceperit. » V. aussi, l. 11, § 6, D. *De act. empti*, XIX, 1; l. 17, § 5, D. *De præscr. verbis*, XIX, 5; Pline, *Hist. nat.*, XXIII, 6.

même pas, dans certains cas, de restituer en outre ce qu'il a reçu à titre d'arrhes [1].

Dans certaines lois, la faculté de dédit n'existait probablement qu'au profit de l'acheteur, et le vendeur pouvait toujours être forcé de recevoir le prix sans pouvoir se soustraire à son obligation de délivrance [2]. On peut même supposer que tel fut le système admis par le droit attique, du moins autant qu'on peut en juger par certains passages des lexicographes auxquels on ne saurait accorder *a priori* une bien grande autorité. Ainsi d'abord Harpocration, après avoir dit que l'action βεβαιώσεως est celle que l'acheteur peut intenter contre son vendeur, lorsqu'un tiers le trouble dans la possession de la chose vendue et que le ven-

(1) La phrase de Théophraste relative à la peine du vendeur a soulevé une difficulté. Elle est ainsi conçue : ἔτι δὲ καὶ βλάπτοιτ' ἂν ὁ ἀποδόμενος ἀφεὶς ἑκάτερον, ἐπειδή τις ἐφ' ἡμέραν μίαν ὁρίσειεν. Nous l'entendons, avec Dareste et Hermann-Thalheim, en ce sens que si le prix a été stipulé payable le jour même, le dédit entraîne pour le vendeur la perte des arrhes et du prix. Cette aggravation de rigueur n'a rien de déraisonnable. Si, en effet, le vendeur a stipulé un aussi court délai pour le payement du prix, et s'il vient néanmoins à changer d'avis, on comprend que la peine de son dédit soit plus élevée qu'en cas de concession d'un plus long terme. Mais alors, comme l'observe Thalheim (p. 152, note 2), il est évident que cette disposition ne saurait se justifier que dans le cas où le délai de payement a été librement fixé par la convention des parties. Aussi Théophraste, au lieu d'employer un pluriel qui aurait prêté à l'équivoque, en ce sens qu'il aurait pu s'entendre des lois de Thurium comme de la convention des parties, se sert-il du mot τις, ἐπειδή τις ὁρίσειεν. La disposition en question n'était donc point applicable à Thurium où le payement dans le jour était prescrit par la loi elle-même. Cette observation lave Théophraste du reproche de contradiction qui lui a été adressé. Cf. Guiraud, p. 270, note 4. — Caillemer, *loc. cit.*, p. 664, note 3, dit, en parlant des cas où le vendeur doit perdre tout à la fois les arrhes et le prix de la vente : « Quels sont ces cas ? Ici le texte de Théophraste nous paraît complètement inintelligible, même en acceptant la suppression proposée par Comperz des mots ἐπειδή — ὁρίσειεν et en les reportant beaucoup plus haut. Il faudrait, en effet, supposer une législation qui permettrait à l'acheteur d'actionner le vendeur en délivrance sans payer le prix convenu et d'exiger la restitution des arrhes. Quel législateur aurait consacré une pareille injustice ? » Pour nous, au contraire, le texte de Théophraste est parfaitement clair.

(2) Dareste, *Traité des Lois*, p. 284.

deur ne vient pas à son aide, ajoute : ἐνίοτε δὲ καὶ ἀρραβῶνος μόνου δοθέντος, εἶτα ἀμφισβητήσαντος τοῦ πεπρακότος, ἐλάγχανε τὴν τῆς βεβαιώσεως δίκην ὁ τὸν ἀρραβῶνα δοὺς τῷ λαβόντι. Λυσίας ἐν δυσὶ λόγοις [1]. L'action βεβαιώσεως serait accordée quelquefois [2] à l'acheteur, du moment qu'il y aurait eu dation d'arrhes, pour forcer le vendeur à exécuter le contrat, ce qui semble enlever à ce dernier toute faculté de se dédire. L'auteur d'un des lexiques de Séguier dit également, après avoir parlé de l'action en garantie accordée à l'acheteur : ἐνίοτε δὲ καὶ ἀρραβῶνος μόνου δοθέντος. ἐπὶ τούτους οὖν ἐλάγχανον τὴν τῆς βεβαιώσεως δίκην οἱ δόντες τὸν ἀρραβῶνα τοῖς λαβοῦσιν, ἵνα βεβαιωθῇ ὑπὲρ οὗ ὁ ἀρραβὼν ἐδόθη [3]. L'action βεβαιώσεως serait ici donnée à l'acquéreur, lorsqu'il y avait eu dation d'arrhes, pour forcer le vendeur à faire cesser les usurpations des tiers, d'où l'on pourrait pareillement conclure que cette dation d'arrhes enlevait au vendeur la faculté de se dédire [4]. Il nous paraît toutefois peu sûr de fonder une théorie sur les seuls passages précités des lexicographes où se trouvent mêlées, sans qu'on en aperçoive le lien, deux institutions distinctes, celles de la garantie et celle des arrhes. Le second texte, tiré du lexique de Séguier, est même absolument incompréhensible. Les arrhes, en effet, étaient normalement données avant la délivrance de la chose vendue ; or, en pareil cas, on ne conçoit pas comment l'acheteur aurait pu agir contre son vendeur pour que celui-ci le défendît contre l'u-

(1) Harpocration, v° βεβαιώσεως.

(2) Sur l'expression ἐνίοτε ἐλάγχανε, Cf. Hermann-Thalheim, p. 88, note 4.

(3) Bekker, *Anecd.*, I, p. 220, 1.

(4) Cf. Caillemer, *loc. cit.*, p. 666 ; Platner, *Process*, t. II, p. 340 ; Hermann-Thalheim, p. 88. Pour Caillemer, les arrhes sont, à Athènes comme à Rome, uniquement le signe et la preuve de la conclusion du contrat. La somme payée par l'acheteur est une sorte d'acompte sur le prix fixé et il ne reste plus qu'a solder le reliquat. Cette ressemblance entre les deux législations, ajoute-t-il, est un argument qu'il ne faut pas dédaigner, et Varron nous avertit qu'il est juste de nous en préoccuper lorsqu'il nous dit : « Arrabo : pecunia sic data ut reliquum reddatur ; a Græco ἀρραβών ; reliquum, quod ex eo, quod debitum, reliquum. » *De lingua latina*, V, 175.

surpation du tiers, puisque ce tiers avait dû s'en prendre au possesseur, c'est-à-dire au vendeur encore nanti de la chose [1]. On peut donc fortement douter de l'extension de l'action βεβαιώσεως au cas indiqué par les lexicographes [2]. En définitive, on ne peut rien affirmer de certain sur le caractère des arrhes dans le droit attique. Comme nous n'avons aucun texte qui nous force à écarter la signification de dédit que Théophraste accorde à la dation d'arrhes en général, on peut supposer qu'à Athènes, pour l'acheteur tout au moins, cette circonstance pouvait autoriser celui-ci à rompre le contrat en perdant ce qu'il avait donné en acompte sur le prix [3].

§ II. — De la clause pénale.

La clause pénale est la promesse que le débiteur fait au créancier de lui payer une certaine somme d'argent à titre de peine pour le cas où il n'accomplirait point son obligation dans les termes de la convention qui le lie. Cette clause qui, sous le nom de *stipulatio pœnæ*, était d'un fréquent emploi dans le droit romain, était également très usitée dans le droit grec, où elle constituait généralement un moyen puissant de contrainte, car le plus souvent le créancier stipulait une peine assez forte. Cette peine se nomme τὰ ἐπιτίμια [4].

Le montant de la peine dépend évidemment de la volonté des parties, et celles-ci ont à cet égard, comme en ce qui concerne les autres clauses du contrat, toute liberté pour

(1) Cf. Platner, *loc. cit.*; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 721, note 693.

(2) Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 721.

(3) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXIX et *Science du droit*, p. 310, note 1.

(4) Démosthène, *C. Phorm.*, § 26 : τὰ ἐπιτίμια τὰ ἐκ τῆς συγγραφῆς. — Dans le contrat de location de terrains d'Héraclée, la clause pénale se nomme τὰ ἐπιζάμια ou encore τὰ ἐπιζαμιώματα. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 204, l. 127 et p. 208, l. 155.

le fixer à une somme plus ou moins forte. Il y avait toutefois des usages généralement suivis sur ce point et la peine est ordinairement soit du double, soit d'une fois et demie le simple (ἡμιόλιον).

Il y a dans le droit grec de très nombreux exemples de la peine conventionnelle du double, et l'on peut même dire que la stipulation du double était la règle en Grèce comme la *stipulatio duplæ* en droit romain. Nous rencontrons cette peine du double [1] dans un très grand nombre de contrats du droit privé [2]. Ainsi le doublement de la dette apparaît très fréquemment dans le contrat de prêt pour le cas où le débiteur ne paie pas soit le capital, soit les intérêts dans le délai fixé. On voit, par exemple, dans un plaidoyer de Démosthène, un captif emprunter sous la condition que, s'il ne rembourse pas dans les trente jours, sa dette sera doublée et même qu'il perdra l'acompte qu'il aura pu avoir déjà payé [3]. La même stipulation se rencontre dans les contrats maritimes de prêt à la grosse, non seulement pour le cas de non remboursement des deniers prêtés, mais encore pour toute autre contravention au contrat, par exemple pour

(1) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 10 : αὐτὸν ἀποδοῦναι ἢ διπλάσιον ὀφείλειν. *C. Dionysod.*, § 20 : εἰ δὲ μή, ἀποτίνειν διπλάσια τὰ χρήματα.

(2) La stipulation du double est également insérée dans des traités publics. Cf. Rœhl, *Inscr. gr.*, 110, l. 5 ; *Corp. inscr. græc.*, 2554, l. 40 et s.; Cauer, *Delectus*, 223, l. 59, 553, l. 10. La peine du double figure aussi assez souvent dans les lois contre les fonctionnaires ou magistrats qui ne rempliraient point leurs obligations envers la cité, dans les règlements de fêtes publiques, de mystères, de corporations religieuses, dans les actes de fondation de toutes sortes afin d'assurer l'exécution des dispositions qu'ils édictent. Ainsi, d'après le règlement des mystères d'Andanie, les administrateurs des lieux sacrés qui violent les règles du droit d'asile en recevant certaines catégories d'esclaves fugitifs, sont responsables envers les maîtres du double de la valeur des esclaves et paient en outre une amende de 500 drachmes. De même, en cas de malversation, les commissaires chargés de recueillir le produit des fêtes paient le double des sommes dérobées et une amende de 1000 drachmes. Le Bas-Foucart, *Pelopon.*, 326 a. V. *supra*, t. II, p. 441, note 4. Cf. les autres cas cités par Lécrivain, *Peines et stipulations du double*, p. 307-308.

(3) Démosthène, *C. Nicostr.*, §§ 10-11. V. *supra*, p. 239.

défaut de chargement des marchandises convenues [1]. Peu importe d'ailleurs la qualité de l'emprunteur. Ainsi dans les contrats exécutoires passés entre divers prêteurs et la ville d'Arkésiné, celle-ci se soumet à des conditions aussi dures qu'un simple particulier. Dans le contrat entre Arkésiné et Alexandros, il est dit qu'à défaut de paiement des intérêts à l'échéance, les trésoriers de la ville seront tenus de les payer au double et pourront être poursuivis par toutes voies d'exécution, καθάπερ δίκην ὠφληκότες [3]. Dans un autre emprunt souscrit par la même ville, on rencontre la même clause pour les intérêts ainsi que pour le remboursement du capital, et la débitrice doit payer en outre chaque année l'intérêt du double au même taux que l'intérêt du principal [3]. Pareillement, dans le contrat souscrit par la cité d'Orchomène, une clause pénale établit la peine du double pour la ville dans le cas où celle-ci ne paierait pas la somme convenue à l'époque fixée [4].

Le doublement de la dette est stipulé de même dans les contrats de location, principalement dans les baux immobiliers. Ainsi, le contrat de location des terrains sacrés d'Héraclée porte que les fermiers qui ne fourniront pas de garants ou ne paieront pas le fermage comme il est prescrit, devront, indépendamment d'autres indemnités, payer un fermage double [5]. Le bail des Kythériens à Athènes porte également que le preneur qui ne paiera pas le fermage aux termes fixés ou ne fera pas les réparations nécessaires sera tenu du double [6]. Cette clause du double se rencontre encore dans un très ancien bail d'Olympie [7] et à Cos, dans un frag-

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 38. V. *supra*, p. 307.
(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 318, l. 14 et s.
(3) *Ibid.*, p. 322, l. 16 et s.
(4) *Ibid.*, p. 284, l. 154 et s.
(5) *Ibid.*, p. 202, l. 108-112.
(6) *Ibid.*, p. 242, XIII *ter*, l. 17-20.
(7) *Ibid.*, p. 256, § 2.

ment d'inscription concernant les finances du temple [1]. Nous avons vu, d'autre part [2], que le contrat de constitution d'hypothèque stipule quelquefois la peine du double pour le cas où le débiteur contreviendrait à son obligation de καθιστάναι εἰς τὸ ἐμφανές l'objet du gage. Un règlement d'érane édicte pareillement la peine du double contre les fauteurs de tumulte [3].

En dehors des contrats proprement dits, la peine du double peut être établie dans un testament contre les exécuteurs testamentaires. A Corcyre, une donation testamentaire faite en faveur des artistes dionysiaques édicte une série d'amendes du double, quelquefois augmentées d'une amende fixe, contre les exécuteurs testamentaires négligents [4]. De même, dans le testament d'Epictéta, le magistrat nommé ὁ ἀρτυτήρ est tenu de payer le double des sommes qu'il n'emploie pas conformément au testament [5].

Dans un grand nombre de cas, la peine du double est remplacée par celle de l'ἡμιόλιον, ou d'une fois et demie le simple. C'est là un taux particulier au droit grec. Aulu-Gelle observe à ce sujet que les Romains n'avaient pas d'expression équivalente [6] ; c'est là toutefois une erreur, car à Rome le mot *sescuplum* a le même sens. Mais il faut reconnaître que, sauf dans un cas, celui de la *sponsio dimidiae partis* dans le procès *de pecunia constituta*, l'hémiolion n'a joué aucun rôle dans la vie juridique des Romains [7]. On a relevé à différentes reprises les diverses applications de

(1) *Bulletin*, 1883, p. 279, l. 16-20.

(2) *Supra*, t. III, p. 253.

(3) *Corp. inscr. att.*, III, 1, 23.

(4) Collitz, *Dialekt-Inschr.*, 3206.

(5) Cauer, *Delectus*, 148, G, l. 15-21.

(6) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XVIII, 14 : quale enim fieri nomen posset hemiolio numero aut epitrito ?

(7) Mitteis, p. 511 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 312. — Ce dernier auteur (p. 315) signale un autre cas d'application de l'hémiolion en droit romain dans la *lex Julia municipalis* : *Corp. inscr. lat.*, I, n° 206, l. 44.

l'hémiolion dans le droit grec [1]. Nous nous bornerons à indiquer ici les principales. La peine de l'hémiolion figure notamment assez souvent dans les contrats de louage comme sanction des obligations du fermier, soit de payer son loyer, soit de fournir des garants [2]. On la rencontre également dans les contrats d'entreprises de travaux publics afin d'assurer la bonne exécution des travaux [3]. Dans un des contrats de prêt d'Arkésiné, le paiement des intérêts est garanti par la peine de l'hémiolion stipulée contre les trésoriers de la ville [4]. La même amende est stipulée très fréquemment dans les papyrus gréco-égyptiens [5]. Elle est insérée notamment dans le contrat de prêt d'Asclépias dont nous avons précédemment parlé [6], et où il est dit que si l'emprunteuse ne restitue pas les 22 artabes et demie de blé conformément aux termes de la convention, elle devra payer, à titre de peine, une somme égale à la moitié de la valeur de chaque artabe, d'après le cours de la place [7]. Dans l'inscription d'Andanie, les garants du fournisseur des victimes sont, pour le cas où celui-ci ne remplirait pas ses obligations, tenues de payer l'hémiolion [8]. A Delphes enfin, c'est souvent sous la sanction de l'hémiolion que, dans les actes d'affranchissement par forme de vente à la divinité, les garants qui interviennent à l'acte s'engagent à en faire respecter les conditions

(1) Saumaise, *De modo usur.*, p. 313-335 ; Mitteis, p. 511 et s. ; Lécrivain, p. 312 et s. ; Keil, *in Mittheilungen*, 1895, p. 49-50.

(2) A Olymos : Le Bas-Waddington, *Voy. arch.*, 331 ; à Mylasa : Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 246, C, § 6 ; à Délos : *Bulletin*, 1882, p. 1 et s. ; en Béotie : *Corp. inscr. Græc. sept.*, I, 1739 ; à Amorgos : *Bulletin*, 1892, p. 276-294.

(3) A Lébadée : Dittenberger, *Syll.*, 353, l. 39 ; à Epidaure : Keil, *loc. cit.*

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 313-314, l. 11-14.

(5) V. les documents cités par Mitteis, p. 512 et par Lécrivain, p. 314, note 3.

(6) *Supra*, p. 79.

(7) Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11 et s.

(8) Le Bas-Foucart, *Pelopon.*, 326, *a*. — V. *supra*, p. 431, note 2.

et à protéger l'affranchi contre toute revendication [1]. Sans insister davantage sur les différents cas d'application de l'hémiolion, nous dirons seulement que, autant du moins qu'on peut en juger par la date des documents où elle figure, cette stipulation marque un adoucissement dans le droit des obligations, et que la peine du double a dû progressivement être remplacée, en général, par celle d'une fois et demie le simple [2].

La peine du double et celle de l'hémiolion ne sont point, comme nous l'avons déjà observé, les seules clauses pénales que les parties puissent stipuler, et celles-ci ont toute liberté à cet égard. Le législateur aurait pu, sans doute, chercher à prévenir les dangers d'usure qui pouvaient résulter de l'emploi de ces clauses en cas de prêt. Ces dangers ont préoccupé, en effet, certains législateurs soit civils [3], soit ecclésiastiques [4]. Mais la loi athénienne, qui proclamait la liberté illimitée de l'intérêt et qui ignorait, en conséquence, le délit d'usure, ne devait logiquement apporter aucune restriction à la liberté des parties de stipuler une clause pénale aussi élevée qu'elles le voudraient [5].

La clause pénale, ne constituant qu'une fixation anticipée et à forfait des dommages-intérêts dûs à raison de l'inexécution de l'obligation, se cumule en principe avec l'exécution de l'obligation principale. Il peut toutefois en être autrement suivant les circonstances et, lorsque la clause pé-

(1) Wescher et Foucart, nos 341, 347, 384, 407.

(2) Cf. Mitteis, p. 512.

(3) C'est ainsi qu'une constitution de Constantin de 325 (l. 2, C. Théod., *De usuris*, XXXIII, 1) n'autorise la stipulation de l'hémiolion que pour les prêts de blé et la prohibe pour les prêts d'argent.

(4) Le dix-septième canon du concile de Nicée, défendant plusieurs formes d'usure, prohibe spécialement l'emploi de l'hémiolion. Cf. Mitteis, p. 513.

(5) V. *supra*, p. 240 et 307. — Une inscription montre que l'on pouvait aussi stipuler par avance les intérêts de la clause pénale. *Corp. inscr. Gr. sept.*, I, 3171, l. 51 : ὀφειλέτω ἁ πόλις τῶν Ἐρχομενίων ἀργυρίω μνᾶς πετταράκοντα Εὐβώλῳ καθ' ἕκαστον ἐνιαυτὸν κὴ τόκον φερέτω δραχμὰς δύο τᾶς μνᾶς ἑκάστας κατὰ μεῖνα ἕκαστον.

nale est très élevée, on peut admettre, par interprétation de la volonté des parties, que cette clause se trouve entièrement substituée aux autres obligations du débiteur [1].

Du caractère que nous venons de reconnaître à la clause pénale, il résulte que, dans les hypothèses où les parties en ont stipulé une pour le cas d'inexécution du contrat, le tribunal a uniquement à rechercher si le contrat a été ou non exécuté et, dans cette dernière alternative, à prononcer la clause pénale telle que l'ont fixée les parties [2]. L'action en paiement de la clause pénale entre ainsi dans la classe des ἀγῶνες ἀτίμητοι [3].

En droit romain, la *stipulatio pœnæ* présentait ce caractère particulier, qui la distinguait d'une stipulation ordinaire, d'être l'accessoire d'une obligation principale, de sorte que la nullité de l'obligation principale entraînait celle de la *stipulatio pœnæ* [4]. Quoique nous n'ayons pas de texte qui décide la question pour le droit attique, la solution que nous venons d'indiquer est trop rationnelle pour ne pas avoir été admise à Athènes aussi bien qu'à Rome.

Un autre caractère particulier de la *stipulatio pœnæ*, c'est que la peine était encourue (*pœna committebatur*) par le seul fait de l'inexécution, sans qu'une interpellation du créancier fût nécessaire [5]. En était-il de même dans le droit attique, et la clause pénale y était-t-elle encourue *ipso jure* par le seul fait de l'inexécution. Nous serions assez disposé à admettre la solution affirmative, car nulle part, dans les textes où il est question de la stipulation d'une clause pénale, il n'est fait allusion à la nécessité d'une interpellation préalable. Ainsi, pour nous reporter aux exemples de prêt que

(1) V. *supra*, p. 307.
(2) Cf. Démosthène, *C. Dionysod.*, § 44 : τοῖς ἐπιτιμίοις ζημιοῦτε τοῖς ἐκ τῆς συγγραφῆς.
(3) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 223-224.
(4) L. 69, D. *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Cf. art. 1227, c. civ.
(5) L. 21, § 12, D. *De recept.*, IV, 8.

nous avons précédemment cités d'après les plaidoyers de Démosthène [1], il semble que la peine du double soit encourue par le seul fait du non paiement à l'échéance, ἀποδοῦναι ἢ διπλάσιον ὀφείλειν. On peut argumenter par analogie en ce sens de ce qui a lieu en matière d'hypothèque où, comme nous l'avons admis, le créancier a, par suite du défaut de paiement à l'échéance, le droit de saisir immédiatement et sans aucune formalité les biens qui lui sont affectés [2]. Un plaidoyer de Démosthène [3] fait, il est vrai, allusion à un usage d'adresser une sommation à la caution avant de procéder à l'exécution contre elle ; mais ce paraît avoir été une pratique suivie spécialement à l'égard des cautions.

La clause pénale est stipulée, en principe, contre le débiteur et l'on ne comprend guère que le débiteur songe à en stipuler une contre le créancier. Nous en trouvons cependant un exemple dans un contrat de prêt d'Orchomène qui établit une amende de 50.000 drachmes contre Nicaréta, la créancière, pour le cas où elle refuserait de recevoir à l'époque convenue la somme qui lui était due par la ville [4]. Mais cette clause s'explique par les circonstances de la cause, et elle a pour objet de prévenir le préjudice qu'occasionnerait à la ville le fait de Nicaréta de laisser passer le terme du paiement, afin de pouvoir réclamer ensuite le paiement du double en vertu de la clause pénale stipulée contre la débitrice [5].

Le doublement de la dette pour le débiteur en retard de payer ne s'opère pas seulement par l'effet de la clause pénale insérée dans le contrat ; il peut aussi quelquefois résulter de plein droit d'une disposition légale. Ainsi, à Athènes, pour les fermages d'impôts, les payements d'objets vendus

(1) *Supra*, p. 431, note 1.
(2) V. *supra*, t. III, p. 263.
(3) Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 25-26. — V. *infra*, p. 473.
(4) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 286, l. 159-165.
(5) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 296-297.

par l'Etat, en un mot pour toutes les créances publiques, de quelque nature qu'elles fussent, si le débiteur en retard ne s'acquitte pas avant l'échéance de la neuvième prytanie, sa dette est doublée et le fisc peut saisir tous ses biens, sauf à remettre au débiteur lui-même ou à ses ayants-cause l'excédent du produit de la vente de ces biens sur le montant de la créance [1]. C'est toutefois un point controversé que celui de savoir si le doublement de la dette, qui est de droit, n'a lieu qu'après avoir été prononcé en justice. La solution affirmative paraît bien résulter d'une inscription attique [1]. Au surplus, l'ἀπογραφή, dont nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de parler [2], n'a lieu qu'après le doublement de la dette [3].

Faut-il admettre qu'il y avait réciprocité pour les dettes de l'Etat envers les particuliers et que l'effet du terme échu était de porter la dette au double ? On l'a prétendu [5], mais à tort, suivant nous. Le contrat de prêt d'Orchomène, sur lequel on s'est fondé, semble plutôt démontrer le contraire, car il renferme la clause expresse que si la ville ne paie point

(1) Andocide, *De Mysteriis*, § 73 : οἱ μὲν ἀργύριον ὀφείλοντες τῷ δημοσίῳ, ὁπόσοι εὐθύνας ὦφλον ἄρξαντες ἀρχάς, ἢ ἐξούλας ἢ γραφὰς ἢ ἐπιβολὰς ὦφλον, ἢ ὠνὰς πριάμενοι ἐκ τοῦ δημοσίου μὴ κατέβαλον τὰ χρήματα, ἢ ἐγγύας ἠγγυήσαντο πρὸς τὸ δημόσιον, τούτοις ἡ μὲν ἔκτισις ἦν ἐπὶ τῆς ἐνάτης πρυτανείας, εἰ δὲ μή, διπλάσιον ὀφείλειν καὶ τὰ κτήματα αὐτῶν πεπρᾶσθαι. V. également : Démosthène, *C. Theocr.*, § 1 ; *In Neær.*, § 7 ; Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 54. — Cf. Meier, *De bonis*, p. 137 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 302 et s. ; Platner, *Process*, II, p. 111 et s. ; Bœckh, I, p. 507 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 124-125 ; Thonissen, p. 355 et s. ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Atimie*.

(2) *Corp. inscr. att.*, II, 804, l. 57, 70, 99, 95 et s. — Cf. en ce sens : Kœhler, *Mittheilungen*, IV, p. 83 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 124, note 5. — *Contra :* Lipsius, sur Meier et Schœmann, p. 961, note 571.

(3) V. *supra*, t. III, p. 417 et s. et p. 711.

(4) Hermann-Thalheim, *loc. cit.*, qui cite en ce sens l'inscription suivante, *Corp. inscr. att.*, II, 811, col. c. l. 42 et s. : καὶ εἰσαχθεὶς εἰς τὸ δικαστήριον ὦφλε τὴν διπλασίαν, κατεβλήθη ἐξ ἀπογραφῆς, ἣς ἀπέγραψεν Θεόδοτος ἐγ Μυρρινούττης ΗΗΙΔ ; l. 110 et s. : κατέγνωσαν οἱ δικασταί, ὅτι οὐκ ἀπεδίδου τὰ ξύλινα σκεύη ἐπὶ δέκα τριήρεις... καὶ ἐτίμησαν πλέονος ἢ τοῦ διπλασίου .. ἡ δὲ οὐσία ἡ Σωπόλιδος ἀπογέγραπται δημοσία εἶναι ἅπασα.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 293.

sa créancière à l'époque convenue, elle devra le double de la dette originaire. Il y a donc lieu de supposer qu'en l'absence de cette clause le doublement de la dette ne se serait pas effectué de plein droit.

Nous devons, pour terminer, rapprocher de ce doublement de la dette, soit en vertu de la clause pénale, soit en vertu de la loi même, celui qui se produit à la suite de la δίκη ἐξούλης. Nous avons vu [1], en effet, que le résultat et l'avantage spécial de cette action, c'est qu'en cas de condamnation le défendeur n'est point tenu seulement de restituer l'objet du litige, et qu'il doit, en outre, payer une amende égale à la valeur de la chose litigieuse. Mais, en dehors de cette hypothèse, on ne trouve aucune autre application, dans le droit attique, de la règle *lis infitiatione in duplum crescit* [2].

§ III. — De la clause exécutoire.

Les contrats peuvent, ainsi que nous l'avons déjà dit [3], être accompagnés, à Athènes, comme dans le droit grec en général, de la clause exécutoire, c'est-à-dire d'une stipulation par laquelle le débiteur consent, s'il ne remplit pas exactement les obligations que lui impose le contrat, à être soumis à l'exécution sur ses biens, « comme s'il eût été condamné envers le créancier par un jugement passé en force de chose jugée », καθάπερ ἐκ δίκης, suivant la formule généralement employée. Le contrat accompagné de cette clause

(1) *Supra*, t. III, p. 406.

(2) L. 23, § 10, D. *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. — Le deuxième code de Gortyne (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 394, col. III, § 3) renferme une application de cette règle. Il décide que si quelqu'un a reçu un quadrupède ou une volaille a titre de dépôt, de prêt à usage ou de toute autre façon, et qu'il ne puisse rendre l'animal en nature, il paiera la valeur au simple ; mais s'il va en justice et nie le fait, il paiera la valeur double et l'amende au profit de la ville.

(3) V. *supra*, t. III, p. 232.

correspond ainsi, dans une certaine mesure, à nos actes du droit moderne qui sont revêtus, comme on dit, de la formule exécutoire [1].

Dans le droit attique, le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos, qui est de l'an 341 environ, renferme déjà un cas de clause exécutoire. Aux termes du contrat qui y est inséré [2], 3000 amphores de vin, qui doivent être chargées par le capitaine d'un navire, sont hypothéquées à un prêt à la grosse sous la condition que le gage sera tenu à la disposition des prêteurs jusqu'à ce que les emprunteurs aient payé la somme due. A défaut de paiement au terme convenu, les créanciers sont autorisés à se mettre en possession du gage et à le vendre au prix qu'ils en trouveront. Le contrat porte que « si le prix est insuffisant pour remplir les prêteurs de la somme qu'il devront recevoir aux termes du contrat, les créanciers pourront poursuivre les emprunteurs sur tous leurs biens de terre et de mer, comme s'il y avait contre eux jugement de condamnation et terme échu, ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τῶν τούτων ἁπάντων, καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ἂν ὦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων [3]. » Ce cas est jusqu'à présent le seul que l'on rencontre dans les plaidoyers des orateurs [4].

Faut-il voir un autre cas de contrat exécutoire dans le

(1) Cf. Wachsmuth, *Oeffentlicher Credit in der hellenischen Welt der Diadochenzeit*, in *Rhein. Mus.*, XL, (1885) p. 295 ; Mitteis p. 401 ; Hitzig, p. 59.

(2) On a, il est vrai, soulevé des doutes sur l'authenticité de ce document. Cf. Szanto, *in Wiener Studien*, 1885, p. 236 ; Wachsmuth, *loc. cit.*, p. 301 ; Thalheim, *in Hermes*, XXIII, p. 343 ; Christ, *Abhandl. der bayr. Akad. phil. Cl.*, XVI, Abth. III, p. 261. Mais il faut convenir que, pour le fond, il n'y a pas de raisons de la contester. Cf. Goldschmidt, *Inhaber —, Order — und executorische Urkunden im Classischen Alterthum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Roem. Abth.*, p. 360, note 1 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 297 ; Mitteis, p. 405. Szanto (*loc. cit.*), tout en contestant l'authenticité du contrat, est obligé de reconnaître que le faussaire était très au courant des formules de droit.

(3) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 12.

(4) Ainsi que l'observe Mitteis (p. 407, note 1), on ne saurait voir un contrat exécutoire dans le cas signalé au plaidoyer d'Isée contre Dicéogène, § 22.

bail de la phratrie des Dyaliens? Ce document, qui est de l'an 300 avant J.-C., dispose que si le fermier ne paye pas le fermage au terme fixé ou s'il n'exploite pas conformément au contrat, ἐξεῖναι τοῖς φρατριάρχοις καὶ Δυαλεῦσιν ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης καὶ μισθῶσαι ἑτέρωι τὸ χωρίον καὶ ὑπόδικος ἔστω Δίοδωρος ἐάν τι προσοφείλει τῆς μισθώσεως κτλ [1]. On a enseigné que l'expression ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης a ici le même sens que celle de πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης, qui se trouve dans le plaidoyer contre Lacritos [2]. Le doute est néanmoins permis, si l'on observe que la saisie pratiquée par le bailleur ne porte pas sur les biens du fermier mais sur le terrain qui fait l'objet de la location, et cela pour pouvoir le relouer aussitôt. Il semble d'ailleurs, si l'on se réfère aux termes de l'inscription : καὶ ὑπόδικος ἔστω Δίοδωρος ἐάν, que, pour pouvoir exécuter le fermier dans les cas prévus par le contrat, notamment s'il ne paye pas le fermage, le bailleur doive obtenir un jugement contre lui. Seulement, avant ce jugement, πρὸ δίκης, il a le droit de saisir le terrain loué. Ces derniers mots ne peuvent donc guère être entendus comme s'il y avait καθάπερ ἐκ δίκης [3].

La clause exécutoire se retrouve, au contraire, très nettement formulée, dans plusieurs contrats d'Amorgos du commencement du IIe siècle avant J.-C. Il s'y agit d'une série d'emprunts contractés dans des conditions assez rigoureuses auprès de simples particuliers par la ville d'Arkésiné. Dans l'un de ces prêts, consenti par un nommé Praxiclès, il est stipulé qu'à défaut du payement des intérêts au terme fixé, les trésoriers de la ville pourront être saisis et exécutés par Praxiclès, qui prendra sur leurs propres biens une fois et demie la somme due, par toutes voies d'exécution, comme en vertu d'un jugement de condamnation défini-

(1) *Corp. inscr. att.*, II, 600.
(2) Mitteis, p. 406.
(3) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach. p. 334, note.

tive (πρακτοὶ ἔστωμ.... ἐκ τῶν ἰδίων πράξει πάσηι, καθάπερ ἐκ δίκης) [1]. La même clause est stipulée, mais en des termes légèrement différents, vis-à-vis des habitants d'Arkésiné pour le cas où le capital ne serait pas remboursé à l'époque convenue : ἐξέσθω πράξασθαι..... ἐκ τῶν ἰδίων τῶν Ἀρκεσινέων.... τρόπωι ὧι ἂν ἐπιστηται, καθάπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῆι ἐκκλήτωι κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξίων καὶ Ἀρκεσινέων τέλος ἐχούσηι ἀζημίωι ὄντι πάσης ζημίας [2]. Dans un autre prêt consenti par un Arkésinéen nommé Alexandros au profit de sa ville natale, on retrouve la même garantie stipulée au profit du prêteur dans les termes suivants : ἐξέσθω πράξασθαι..... καθάπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῆι ἐκκλήτωι καὶ ὄντων ὑπερημέρων et πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον ὡς ὠφληκὼς δίκην Ἀλεξάνδρωι ἐξούλης ἐν τῆι ἐκκλήτωι καὶ ὢν ὑπερήμερος [3].

Un autre cas de clause exécutoire nous est révélé par une inscription de Iasos où se trouvent relatées les conditions d'une donation faite par un certain Phœnippos au collège des πρεσβύτεροι. Les διοκηταί du collège sont tenus de veiller à l'exécution de la fondation sous peine d'une amende à propos de laquelle il est stipulé que, s'ils ne la payent pas, τῆς πράξεως οὔσης κατ' αὐτῶν καθάπερ ἐγ δίκης [4].

Mitteis [5], qui a rassemblé tous les documents concernant la clause exécutoire, a voulu voir également des traces de cette clause dans deux inscriptions funéraires d'Asie-Mineure [6], où il est question d'amendes encourues par celui qui enfreindra quelqu'une des défenses exprimées. Il est dit, dans la première inscription, que l'amende sera due au peuple : ἀποτισάτω ἐπίτιμον τῷ δήμῳ.... τῆς προσαγγελίας οὔσης παντὶ τῷ βουλομένῳ ἐπὶ τῷ ἡμίσει καθάπερ ἐκ δίκης. Dans la seconde, l'a-

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 313, l. 11 s.

(2) *Ibid.*, p. 314, l. 22 s.

(3) *Ibid.*, p. 316, 318, l. 26, 31, 40.

(4) *Revue des études grecques*, 1893, p. 171.

(5) Mitteis, p. 409 s., qui d'ailleurs range à tort ces inscriptions parmi les documents antérieurs à l'époque romaine.

(6) Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, nos 1301, 1639.

mende est due au κυριακὸς φίσκος, et il est dit : ὡς ἐκ καταδίκης, ὧν τὸ τρίτον ἔσται τοῦ ἐπιδικήσαντος. Faut-il attribuer ici aux formules καθάπερ ἐκ δίκης et ὡς ἐκ καταδίκης la même signification que celle qu'elles ont incontestablement dans les contrats d'Amorgos? L'affirmative est admise par Mitteis [1]. Dareste, Haussoulier et Reinach [2] n'y voient, au contraire, que des formules sans importance. Ces auteurs observent que, dans les deux cas en question, l'exécution du délinquant n'est point faite par le poursuivant (ὁ ἐκδικήσας) et que celui-ci a simplement le droit de dénoncer l'auteur du délit. Dans le premier cas, la dénonciation est portée au peuple, qui doit bénéficier de la moitié de l'amende et, dans le second cas, au fisc, qui doit en toucher les deux tiers; c'est donc le peuple et le fisc qui exécutent l'auteur du délit, et, en définitive, ces inscriptions auraient uniquement pour objet de placer les deux tombes sous la protection du peuple et du fisc [3].

On peut compter enfin parmi les documents du droit grec deux papyrus égyptiens de l'époque des Ptolémées. L'un d'eux, de l'an 89 avant J.-C. relatant un prêt fait par un nommé Konouphis, porte que, à défaut de remboursement à l'échéance, ἡ πρᾶξις ἔστω Κονούφει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ καθάπερ ἐκ δίκης [4]. L'autre, de l'an 99 relate également un prêt et dispose en ces termes : ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω 'Αρσιήσει (le créancier) ἐκ τῶν 'Ασκληπιάδος (la débitrice) καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ

(1) Cf. dans le même sens : Lécrivain, *Contrainte par corps*, 18.

(2) P. 334, note.

(3) Mitteis (p. 411) veut encore trouver un cas de clause exécutoire dans le contrat d'Obodas dont parle Joseph (*Antiq. jud.*, XVI, 343, c. VIII). Mais Josèphe dit simplement à propos de ce contrat, dont il ne nous a pas conservé le texte : τὴν συγγραφήν, ἐν ᾗ καὶ τοῦτο ἦν προσγεγραμμένον ἐξεῖναι τῆς προθεσμίας παρελθούσης ῥύσια λαμβάνειν ἐξ ἁπάσης τῆς χώρας. Nous ignorons complètement si la formule καθάπερ ἐκ δίκης se trouvait dans ce contrat. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 334, note. — Suivant Lécrivain (*loc. cit.*), il s'agit ici d'une prise de gage du droit international, qui aurait été permise même s'il n'y avait pas eu la clause exécutoire dans le contrat.

(4) Pap. O de Leyde.

πάντων πράσσοντι καθάπερ ἐκ δίκης [1]. Les papyrus de l'époque impériale fournissent d'ailleurs de très nombreux exemples de la clause καθάπερ ἐκ δίκης, et cela dans des circonstances très diverses, non seulement à l'occasion de contrats de prêt, mais aussi à propos de la restitution de la dot ou de contrats de louage [2]. On peut en conclure que vers la fin de l'époque grecque la clause exécutoire avait déjà dû être d'un emploi fréquent et être stipulée notamment pour garantir le remboursement des divers genres de prêt.

Il est assez difficile de savoir quand et comment la clause exécutoire s'est introduite dans le droit grec, en général, et dans le droit attique en particulier. Mitteis a conjecturé, et avec assez de vraisemblance, qu'elle a été usitée d'abord à l'occasion des baux immobiliers et spécialement des baux consentis par les communautés et les temples, actes dans lesquels elle est même devenue d'assez bonne heure en quelque sorte de style [3]. Comme nous l'avons vu, en effet, en étudiant la sanction des obligations dérivant du louage [4], les contrats de location consentis par ces personnes morales autorisent souvent le bailleur à procéder immédiatement et sans formalités préalables à la saisie (ἐνεχυρασία) de tout ou partie des biens du fermier, lorsque celui-ci ne remplit point ses engagements. En admettant que la clause exécutoire ait une semblable origine, il faut reconnaître qu'elle ne tarda pas à être appliquée dans d'autres contrats, notamment dans les contrats de prêt, ainsi que nous l'avons vu dans les documents précités d'Athènes et d'Amorgos.

La stipulation de la clause exécutoire ne paraît être subordonnée à aucune forme spéciale. Il faut, mais il suffit, croyons-nous, que la créance garantie par cette clause soit constatée par un acte écrit [5]. On pourrait même contester

(1) Pap. 7 du Louvre.

(2) V. les documents cités par Mitteis, p. 420-426.

(3) Mitteis, p. 414. — Cf. Hitzig, p. 59.

(4) V. *supra*, p. 189.

(5) Cf. Hitzig, p. 59.

la nécessité d'un écrit. L'hypothèque, en effet, ainsi que nous l'avons vu [1], de même que tout autre contrat, peut s'établir par témoins aussi bien que par écrit. Or la clause exécutoire, qui produit des effets semblables à ceux de l'hypothèque, ne comporte, *a priori*, aucune solennité plus grande. Nous ne pouvons, en tous cas, identifier, comme on l'a enseigné, la clause exécutoire avec la συγγραφή. Quelle que soit la signification de cet acte, nous estimons que la συγγραφή et la clause exécutoire sont entièrement indépendantes, bien qu'elles puissent se trouver réunies dans certains cas [2].

Il n'y a point, d'ailleurs, de termes sacramentels pour la stipulation de la clause exécutoire. Si la formule habituelle est celle πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης, on en trouve d'autres comme les suivantes : πράττειν ὡς καταδίκης, ou même, suivant Mitteis, πράττειν πρὸ δίκης [3]. Rien n'empêche les parties de laisser de côté cette fiction d'un jugement et de stipuler directement le droit de saisie, εἶναι ἐνεχυρασίαν, comme dans le contrat de bail des Aixonéens [4].

On s'est demandé si l'on doit voir également la stipulation d'une clause exécutoire dans la disposition qui autorise simplement le créancier à πράττειν le débiteur, sans ajouter καθάπερ ἐκ δίκης ou d'autres termes équivalents, ou bien encore dans le contrat qui qualifie le débiteur comme πρακτός ou πράκτιμος [5], s'il ne remplit point ses engagements. La question est controversée. On admet, dans une opinion, que l'emploi des mots πράττειν, πρᾶξις, πρακτὸς ou πράκτιμος implique, en principe, le droit pour le créancier de procéder *ipso jure* à l'exécution sur les biens de son débiteur. Autrement, dit-on, ces mots n'auraient aucune portée. On ne peut sup-

(1) V. *supra*, t. III, p. 222.

(2) V. *supra*, p. 70 et s.

(3) V. *supra*, p. 441.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 238, l. 7. Cf. Mitteis, p. 416 ; Hitzig, *loc. cit.*

(5) V. aussi *Corp. inscr. Gr. sept.*, I, 3171, *in fine* : ἔμπρακτος.

poser, en effet, que le créancier les insère dans l'acte simplement pour faire allusion à la possibilité d'un jugement contre le débiteur récalcitrant et d'une exécution contre lui sur le fondement de ce jugement. Ils ne peuvent donc signifier autre chose que la concession d'un droit d'exécution directe et immédiat [1]. On reconnaît toutefois, dans cette opinion, que le seul emploi du mot πρᾶξις ne comporte la concession du droit d'exécution directe que dans le cas où il ne peut pas avoir une autre signification, car les parties ont toute liberté pour régler comme elles l'entendent l'exécution sur les biens du débiteur. Elles peuvent donc, par certaines additions au mot en question, écarter le sens qui s'y attache naturellement. On ne saurait cependant voir une restriction de ce genre dans l'addition, que l'on rencontre dans certains actes, des mots κατὰ τοὺς νόμους au mot πρᾶξις [2]. Cette addition ne signifie point que le créancier ne pourra exécuter son débiteur qu'après avoir obtenu un jugement contre lui [3]. Elle fait simplement allusion à une réglementation légale du droit d'exécution, comme à des dispositions concernant une proportion à observer entre la valeur des objets saisis et le montant de la créance, un ordre à suivre dans la saisie des différents biens du débiteur, ou même une sommation préalable ou l'observation d'un certain délai entre l'échéance de la dette et l'exécution.

Dans une autre opinion, qui nous paraît plus exacte, on n'attache point une aussi grande importance à l'emploi des

(1) V. en ce sens : Goldschmidt, *loc. cit.*, p. 366-367, 371-373.

(2) V. Contrat de prêt d'Amorgos, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 105, où, en parlant de ceux qui se trouvent débiteurs de Nicaréta, il est dit : ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσι, πραχθήσονται κατὰ τὸν νόμον. Actes d'affranchissement de Delphes où il est dit, à propos de la responsabilité des βεβαιωτῆρες, qu'ils seront πράκτιμοι κατὰ τοὺς νόμους : v. notamment Wescher et Foucart, n° 45. Testament d'Epictéta de Théra où sont employées concurremment les expressions ἐνεχυρασία κατὰ τοὺς νόμους et πρακτὸς κατ' ἐνεχυρασίαν κατὰ τοὺς νόμους *Corp. inscr. græc.*, 2448.

(3) V. en ce sens : Wachsmuth, *loc. cit.*, p. 295, note 2.

mots πρᾶξις ou πράττειν. Ce sont là des expressions qui ont, en effet, une sens très général et correspondant aux mots *exactio* ou *exigere*. Si elles s'appliquent à l'expropriation à laquelle procède le créancier hypothécaire faute de payement par le débiteur à l'échéance, elles désignent aussi, dans un sens large, le recouvrement de la créance d'une manière générale [1]. On rencontre également des textes où le mot πράττειν se réfère à une exécution sur le fondement d'un jugement antérieur [2]. Il n'y aurait donc rien d'étonnant que l'insertion des mots en question dans un contrat fît simplement allusion au droit du créancier de recouvrer sa créance conformément aux modes ordinaires admis par la loi, notamment en obtenant un jugement et en procédant ensuite à la prise de gage *ex judicati causa*. Si le seul emploi du mot πράττειν, sans autre addition, avait suffi pour rendre le contrat exécutoire *ipso jure*, on peut dire qu'il aurait été difficile de rencontrer en Grèce un acte d'obligation qui n'eût pas eu ce caractère [3]. Nous n'admettons point, au surplus, que l'addition des mots κατὰ τὸν νόμον puisse à elle seule restreindre le droit d'exécution du créancier, si ce droit est d'ailleurs consacré suivant la formule habituelle καθάπερ ἐκ δίκης [4] [5].

(1) V. *supra*, t. III, p. 265.

(2) Mitteis (p. 417, note) cite à ce sujet une inscription relatant un traité d'alliance entre Lato et Olus et où les magistrats prêtent le serment suivant : ὅ κα; καὶ πράξεις διδωσίω : *Corp. inscr. græc.*, 2554, l. 200. De même Aristote (*Politique*, VII, 8), pour dire que la magistrature la plus importante est celle qui est chargée d'assurer l'exécution des jugements contre les condamnés, s'exprime ainsi : χαλεπωτάτη τῶν ἀρχῶν ἐστιν ἡ περὶ τὰς πράξεις τῶν καταδικασθέντων.

(3) Cf. en ce sens : Mitteis, *loc. cit.* ; Lécrivain, *Contrainte par corps*, p. 20.

(4) On peut avoir des doutes sur le caractère exécutoire du contrat de prêt fait par Nicaréta à la ville d'Orchomène, car s'il y est dit πραχθήσονται κατὰ τὸν νόμον· ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω ἐκ τῶν δανεισαμένων κτλ. (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 182, l. 104 s.), on n'y rencontre pas la formule καθάπερ ἐκ δίκης comme dans les contrats d'Amorgos. V. toutefois les auteurs précités, p. 299.

(5) Lécrivain (*Contrainte par corps*, p. 17) assimile à une sorte d'exécution

La clause exécutoire dérivant de la volonté des parties, le droit d'exécution du créancier peut, en conséquence, être plus ou moins étendu. En principe, l'insertion de la formule καθάπερ ἐκ δίκης a pour effet d'assimiler le débiteur récalcitrant à celui qui aurait été condamné par un jugement passé en force de chose jugée. Cette fiction est très nettement marquée dans les contrats d'Amorgos, où le jugement est même supposé rendu par une ἔκκλητος πόλις qui aurait condamné l'emprunteur [1]. L'un de ces contrats désigne même l'action sur laquelle l'emprunteur est censé avoir été condamné, c'est la δίκη ἐξούλης, qui correspond à l'action *judicati* [2]. Le contrat revêtu de la formule exécutoire équivaut donc bien pour le créancier à un jugement et, dès lors, il peut procéder à une *pignoris capio* de la même manière que s'il se trouvait *in causa judicati*. Son droit de saisie s'étend donc, en règle générale, sur tout le patrimoine de son débiteur. Le créancier se trouve alors à peu près dans la même situation que s'il avait une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, mais son droit ne peut s'exercer qu'après les hypothèques proprement dites qui ont pu être antérieurement consenties par le débiteur, même, croyons-nous, après la passation du contrat exécutoire [3].

privée, analogue à celle qu'autorise la clause καθάπερ ἐκ δίκης, l'autorisation donnée à tous les citoyens de revendiquer pas la force, comme étant libres, les esclaves affranchis par forme de vente à une divinité, sans que les défenseurs soient exposés à aucun procès ni passibles d'aucune amende. Wescher et Foucart, nº 34. V. *supra*, t. II, p. 479.

(1) Dans le premier de ces contrats (V. *supra*, p. 442) il est fait allusion à un traité de commerce entre Naxos et Arkésiné, parce que le prêteur Praxiclès était de Naxos ; il n'en est plus question dans le second, car le prêteur est un Arkésinéen. Cf. Wachsmuth, *loc. cit.*, p. 295 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 335 ; Mitteis, p. 408.

(2) Dans l'autre contrat, il est seulement question d'une δίκη τέλος ἔχουσα, expression plus vague mais qui, suivant Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 335), peut s'appliquer également à la δίκη ἐξούλη·.

(3) Cf. Mitteis, p. 418, note 1.

Le droit d'exécution du créancier peut aussi être limité à une partie déterminée du patrimoine du débiteur. Ainsi, dans le contrat de location d'Héraclée, ce droit est restreint aux fruits et aux améliorations de l'immeuble loué [1]. Ou bien le créancier peut, dans l'exercice de son droit de saisie, être tenu de suivre un ordre déterminé : tel est le cas des contrats de location de Délos [2]. Mais ce sont là des exceptions et la clause exécutoire, comporte, en règle, le droit de saisie générale sur tous les biens du débiteur indistinctement. Ce droit il peut l'exercer, comme le dit un des contrats d'Amorgos, sans avoir à craindre aucune amende, ἀζημίῳ ὄντι πάσης ζημίας [3], c'est-à-dire sans s'exposer aux amendes qu'encouraient vraisemblablement les créanciers qui pratiquaient des saisies illégales sur les biens de leurs débiteurs [4].

La clause autorisant le créancier à πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης lui donne seulement le droit de saisir les biens de son débiteur, et elle ne l'autorise point à exercer sur lui la contrainte par corps, exécution personnelle correspondant à la *manus injectio* du droit romain. On a prétendu, il est vrai, que celui qui est débiteur en vertu d'un contrat exécutoire est par cela même sujet à la contrainte par corps [5]. Mais la disposition du jugement de Cnide d'où l'on tire cette conclusion peut s'expliquer d'une autre manière, par le principe du droit international public concernant la situation défavorable des étrangers en dehors de leur patrie. Ce qui nous décide à rejeter l'exercice de la contrainte par corps sur le seul fondement d'une clause exécutoire, c'est que cette clause, dans les différents documents qui nous sont

(1) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 119.
(2) V. *Bulletin*, VI, p. 64 ; XIV, p. 64. — Cf. Mitteis, p. 416 ; Hitzig, p. 61.
(3) Cf. Hitzig, p. 60.
(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 29.
(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 174, qui confondent du reste, à tort selon nous, la συγγραφή avec le contrat exécutoire.

parvenus, ne se réfère jamais qu'à l'exécution sur les biens. Ainsi, pour le droit attique, où la question de la contrainte par corps pourrait se poser exceptionnellement en matière commerciale [1], le contrat de prêt à la grosse de Lacritos porte : ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τῶν τούτων ἁπάντων, καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν [2], sans faire aucune allusion à la possibilité d'exercer directement la contrainte par corps sur le débiteur pour le cas où il ne remplirait pas ses engagements [3]. L'exécution sur la personne n'est donc possible qu'après un jugement de condamnation rendu contre le débiteur. On conçoit du reste parfaitement que le législateur, tout en abandonnant entièrement les biens du débiteur aux poursuites du créancier, ne permette l'exécution sur la personne que sous la garantie d'un jugement préalable. La fiction καθάπερ ἐκ δίκης n'équivaut donc point absolument, en définitive, à la condamnation qu'elle suppose rendue contre le débiteur [4] [5].

§ IV. — De la contrainte par corps.

La législation attique, sans aller jamais aussi loin que la loi romaine (ou du moins nous n'en avons aucune preuve), admit néanmoins pendant longtemps la contrainte par corps et même l'esclavage pour dettes. Comme nous le dit Plutar-

(1) V. *infra*, p. 452.

(2) V. *supra*, p. 440.

(3) Le papyrus O de Leyde porte, il est vrai : ἡ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτοῦ Πετειμούθου καὶ τῶν ὑπαρχόντων καθάπερ ἐκ δίκης. Mais grammaticalement les mots καθάπερ ἐκ δίκης ne se réfèrent qu'à l'exécution sur les biens (ἐκ τῶν ὑπαρχόντων) et non à l'exécution sur la personne. Celle-ci n'est possible que sur le fondement d'un jugement. Mitteis, p. 420.

(4) Cf. en ce sens : Mitteis, p. 419-420 ; Lécrivain, *Contrainte par corps*, p. 11.

(5) Il est intéressant de rapprocher de la clause exécutoire du droit grec la *pigneratio* des lois barbares, ou saisie privée, accomplie par un particulier avec le consentement des lois, par sa force personnelle et de son autorité privée, et aboutissant à nantir le créancier au bout d'un certain temps de l'objet saisi

que, à l'époque de Solon le peuple tout entier était endetté auprès des riches, et nombre de débiteurs, n'ayant d'autre ressource que d'engager leurs personnes, pouvaient être réduits en servitude par leurs créanciers qui les faisaient travailler comme esclaves à Athènes ou les vendaient à l'étranger [1]. Une des réformes les plus importantes de Solon fut, comme nous l'avons vu, de supprimer l'esclavage pour dettes [2]. Il s'inspira, dit-on [3], sur ce point d'une loi de Bocchoris qui, tout en autorisant les créanciers à diriger leurs poursuites sur les biens du débiteur, leur interdisait l'emploi de moyens d'exécution dirigés contre la personne, par ce motif que la personne d'un citoyen ne peut appartenir qu'à l'Etat, qu'un créancier ne saurait être autorisé à s'emparer d'un guerrier au moment où celui-ci va combattre pour sa patrie et à compromettre ainsi par sa cupidité le salut de tous [4].

Solon admit toutefois le maintien de l'esclavage pour dettes dans un cas exceptionnel, celui où un citoyen fait prisonnier par l'ennemi ne remboursait pas dans les délais convenus l'argent qu'il avait emprunté pour payer sa rançon [5]. On a vu, dans cette disposition, l'application de la règle générale qui accorde un droit de gage et de rétention à quiconque a fait des frais pour la conservation d'une chose [6].

par voie d'appropriation directe. Cf. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, in *Nouvelle Revue historique du droit*, 1882, p. 56 et s.

(1) Plutarque, Solon, c. 13 : ἢ χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγώγιμοι τοῖς δανείζουσιν ἦσαν, οἱ μὲν αὐτοῦ δουλεύοντες, οἱ ἐπὶ τῇ ξένῃ πιπρασκόμενοι.

(2) V. *supra*, t. II, p. 414 et s.

(3) Cf. Grote, *History of Greece* (trad. Sadous), t. IV, p. 158 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 33. *Contra* : Duverdy, *Contrainte par corps*, p. 6 et 8.

(4) Diodore de Sicile, I, 79, § 3 : τῶν δὲ ὀφειλόντων τὴν ἔκπραξιν τῶν δανείων ἐκ τῆς οὐσίας μόνον ἐποιήσατο, τὸ δὲ σῶμα κατ' οὐδένα τρόπον εἴασεν ὑπάρχειν ἀγώγιμον ἡγούμενος δεῖν εἶναι τὰς μὲν κτήσεις τῶν ἐργασαμένων ἢ παρὰ κυρίου τινὸς ἐν δωρεαῖς λαβόντων, τὰ δὲ σώματα τῶν πόλεων κτλ.

(5) V. *supra*, t. II, p. 415.

(6) Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 201, note 8.

Mais cette manière de voir arrive à consacrer pour le cas qui nous occupe l'assimilation que Solon avait précisément voulu détruire entre la personne et les biens du débiteur [1].

A l'époque où la réduction du débiteur en esclavage était autorisée par la loi, la contrainte par corps était, à plus forte raison, permise contre lui. La réforme de Solon eut également pour effet d'abolir la contrainte par corps, et cette voie d'exécution ne fut plus permise que dans deux hypothèses spéciales, limitativement déterminées, et pour des considérations d'ordre public. La première hypothèse dans laquelle l'intérêt général avait paru exiger le maintien de la contrainte par corps, est celle où il s'agissait de dettes commerciales ou, plus exactement, de l'acquittement des condamnations prononcées à la suite d'une δίκη ἐμπορική [2]. Le commerce maritime d'importation et d'exportation étant une des sources les plus importantes de la richesse publique, on avait cru nécessaire d'assurer d'une manière exceptionnelle l'exécution des engagements commerciaux. Démosthène dit formellement à ce sujet : « La loi porte que les marchands en gros (ἐμπόροι) et les armateurs (ναυκλήροι) auront des actions devant les thesmothètes s'il leur est fait quelque tort sur la place, à raison d'expéditions faites d'Athènes ou sur Athènes. Ceux qui font ainsi tort aux autres sont mis en prison jusqu'à parfait payement des condamnations prononcées contre eux. Il ne faut pas qu'on puisse impunément faire tort à un marchand en gros quel qu'il soit » [3].

On a prétendu que l'exercice de la contrainte par corps

(1) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fenus*, p. 1219.

(2) V. sur les *δίκαι ἐμπορικαί*, *supra*, p. 87 et s.

(3) Démosthène, *C. Apatur.*, § 1 : τοῖς ἀδικοῦσι δεσμὸν ἔταξε τοὐπιτίμιον, ἕως ἂν ἐκτίσωσιν ὅ τι ἂν αὐτῶν καταγνωσθῇ. Cf. Démosthène, *C. Lacrit.*, § 46 ; *C. Dionysod.*, § 4. Hudtwalcker (p. 152, note) cite encore deux autres textes : Démosthène, *C. Zenoth.*, § 12 ; Isocrate, *Trapez.*, § 29. Mais ces textes sont étrangers à notre hypothèse et ils concernent exclusivement le cautionnement

n'était point limité à l'exécution des condamnations commerciales et qu'il était permis à l'occasion de toute autre action personnelle. Dans les actions personnelles, a-t-on dit, à la différence de ce qui avait lieu dans les actions réelles, si les biens du débiteur ne suffisaient point pour satisfaire le créancier, celui-ci avait le droit de le faire mettre en prison et de l'y retenir tant qu'il le voulait, à moins que la dette ne fût acquittée par un tiers. C'est ce qui résulte par analogie de ce que dit Antiphon à propos d'un débiteur public [1]. Il y aurait alors entre les actions personnelles ordinaires et les actions commerciales la différence suivante, c'est que, dans celles-ci, le débiteur condamné n'aurait point, comme dans celles-là, un délai (προθεσμία) pour s'acquitter [2]. Cette opinion est généralement repoussée, car elle ne repose sur aucune base sérieuse. L'analogie tirée du texte d'Antiphon n'est point un argument suffisant, et tous les autres textes que nous possédons parlent exclusivement des actions commerciales [3]. Il est probable d'ailleurs que, dans les δίκαι ἐμπορικαί, le défendeur n'avait point nécessairement un délai pour s'acquitter. Le demandeur était libre de lui en accorder un ou de le contraindre à fournir une caution. S'il ne l'avait point fait incarcérer immédiatement, il était libre de le faire plus tard [4].

judicio sistendi causa. Meier, *De bonis*, p. 28, note ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 963, note 575.

(1) Antiphon, *De cæde Herod.*, § 63 : ὑπερήμερον γενόμενον ἑπτὰ μνῶν δυνατὸς ἦν λύσασθαι, ἀλλ' οἱ φίλοι αὐτὸν ἐλύσαντο... οὐ γὰρ δήπου ἑπτὰ μὲν μνᾶς οὐκ ἀπέτισα περὶ αὐτοῦ δεδεμένου καὶ λυμαινομένου.

(2) Meier, *De bonis damn.*, p. 27-28, note.

(3) Cf. en ce sens : Dareste, *Plaid. civ.*, t. 2, p. 201, note 3 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 35 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1219 ; Hermann-Thalheim, p. 135, note 1 ; Platner, *Process*, t. 2, p. 295 ; Hudtwalcker, p. 152 ; Büchsenschütz, p. 529 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 964, note 575 ; Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Emporikai dikai*, note 9.

(4) Démosthène, *In Midiam*, § 176.— Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, *loc. cit.* Lipsius (*ibid.*) observe, avec raison, que le passage de Térence (*Phormion*, IV, 4, 15 (696) d'où l'on pourrait être tenté de conclure à la possibilité de la

Le second cas où l'on avait maintenu exceptionnellement la contrainte par corps, et cela dans le but d'assurer les recouvrements du trésor public, était celui où il s'agissait de débiteurs de l'Etat en retard d'acquitter leur dette. Si toutefois la qualité de débiteur du trésor entraînait par elle seule l'atimie, l'incarcération n'en n'était point une conséquence nécessaire. Elle n'avait lieu que dans deux séries d'hypothèses. La première est celle où la loi l'ordonnait expressément, comme le cas de condamnation à la suite d'une γραφὴ ὕβρεως [1], ou à une amende, à la suite d'une εἰσαγγελία [2], ou enfin dans celui où un juge se trouvait être débiteur de l'Etat [3]. En l'absence de toute disposition formelle de la loi, l'incarcération pouvait être prononcée, à titre de supplément de peine (προστίμημα), en vertu d'une loi ou d'un décret [4]. C'est ainsi que Miltiade fut jeté en prison et qu'il y mourut [5]. Cimon lui-même, fils de Miltiade, fut incarcéré jusqu'à ce qu'il eût payé l'amende infligée à son père [6]. On pourrait encore citer d'autres exemples de personnages connus qui furent incarcérés pour le même motif [7]. Au surplus, le Conseil des Cinq cents était autorisé par les νόμοι τελωνικοί à prononcer immédiatement et sans jugement préalable la contrainte par corps contre les fermiers des impôts et contre leurs cau-

contrainte par corps en dehors des δίκαι ἐμπορικαί, se réfère manifestement soit au droit attique de la basse époque, soit au droit romain primitif.

(1) Démosthène, *In Midiam*, § 47 : ἐὰν δ' ἀργυρίου τιμηθῇ τῆς ὕβρεως· δεδέσθω, ἐὰν ἐλεύθερον ὑβρίσῃ, μέχρις ἂν ἐκτίσῃ.

(2) Loi de Timocrate, citée par Démosthène, *C. Timocr.*, § 63 et conçue dans les mêmes termes que celle citée *supra*, note 1.

(3) Aristote, *Constitut. des Athén.*, c. 63 : ἐὰν δὲ ἀργυρίου τιμηθῇ, δεῖ αὐτὸν δεδέσθαι, ἕως ἂν ἐκτείσῃ τό τε πρότερον ὄφλημα ἐφ' ᾧ ἐνεδείχθη καὶ ὅ τι ἂν αὐτῷ προστιμήσῃ τὸ δικαστήριον.

(4) Loi de Timocrate citée par Démosthène, *ibid.*, § 71 : εἴ τινι τῶν ὀφειλόντων τῷ δημοσίῳ προστετιμῆται κατὰ νόμον ἢ κατὰ ψήφισμα δεσμοῦ, ἢ τὸ λοιπὸν προστιμηθῇ, εἶναι αὐτῷ ἢ ἄλλῳ ὑπὲρ ἐκείνου ἐγγυητὰς καταστῆσαι.

(5) Plutarque, *Cimon*, 4 ; Cornélius Népos, *Miltiade*, 7 ; *Cimon*, 1. V. toutefois Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 36, note 4.

(6) Cornélius Népos, *Cimon*, 1.

(7) Cf. Bœckh, t. I, p. 461-462.

tions en cas de retard dans le payement des versements qu'ils devaient faire à l'Etat [1]. Aussi, dans la formule du serment que prêtaient les sénateurs lors de leur entrée en fonctions et qui proclamait l'inviolabilité de la liberté individuelle, faisait-on une exception pour les fermiers des impôts, leurs cautions et les receveurs [2].

On a voulu trouver un troisième cas d'application de la contrainte par corps lorsqu'il s'agissait de dettes contractées par des étrangers. A l'appui de cette proposition, qui rappelle dans une certaine mesure la règle de certaines lois modernes [3], on a allégué un passage du discours d'Antiphon sur le meurtre d'Hérode où, a-t-on dit, Lycinus de Mitylène se trouve, en sa qualité d'étranger, à la discrétion de son créancier Hélus [4]. Mais, de l'avis général, le texte d'Antiphon, qui, du reste, se réfère à un débiteur public, est trop vague pour justifier cette opinion qui paraît même aujourd'hui abandonnée par l'auteur qui l'avait proposée [5].

Les réformes de Solon eurent pour effet de changer le mode d'exécution de la contrainte par corps dans les rares hypothèses où elle fut maintenue dans le droit attique. Avant ces réformes, la contrainte par corps était une voie privée d'exécution pratiquée directement par le créancier

(1) Démosthène, *C. Timocr.*, §§ 144 et s. ; *C. Androt.*, § 56.

(2) Démosthene, *C. Timocr.*, § 144 : οὐδὲ δήσω Ἀθηναίων οὐδένα... πλὴν ἐάν τις τέλος πριάμενος ἢ ἐγγυησάμενος ἢ ἐκλέγων μὴ καταβάλλῃ.

(3) Cf. loi du 17 avril 1832, art. 14 et s.

(4) Antiphon, *De cœde Herodis*, § 63. Cf. en ce sens : Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 37

(5) L'étranger assigné en justice et qui ne fournit pas immédiatement des cautions garantissant sa comparution au jour indiqué, peut toutefois être incarcéré jusqu'au jour de l'audience. Lysias, *C. Agorat.*, § 23 ; Isocrate, *Trapez.*, § 12 ; Démosthène, *C. Aristog.*, I, § 60 ; *C. Zenoth.*, § 29. Ces textes étant conçus en termes généraux, on ne doit pas distinguer entre les actions publiques et les actions privées, et il faut décider que dans les unes comme dans les autres l'étranger était incarcéré dès qu'il n'offrait pas les répondants exigés par la loi. V. sur ce cautionnement *judicio sistendi causa* : Caillemer, *Dépôt, mandat et cautionnement*, p. 531 et s. et *in* Daremberg et Saglio, v° *Eggyè*, p. 493 : Lécrivain, *Cautionnement*, p. 223 et s.

sur son débiteur. Depuis, au contraire, la contrainte fut exercée par l'Etat, et le local où le débiteur la subissait était une prison publique [1]. Il n'y eut plus qu'un cas où subsista véritablement la contrainte par corps privée, mais parce qu'il s'agissait plutôt d'une véritable servitude, c'est celui où le captif restait aux mains de son libérateur faute de lui rembourser le prix de sa rançon [2].

Dans les cas où la contrainte par corps était exceptionnellement autorisée, le débiteur avait-il le droit de s'y soustraire en fournissant des cautions? La négative, a-t-on dit, est certaine lorsqu'il s'agit des débiteurs du fisc. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir l'indignation soulevée par la proposition de Timocrate qui avait précisément pour but d'améliorer la situation de ces débiteurs et de leur permettre de conjurer pour quelque temps l'emprisonnement en fournissant des cautions agréées par le peuple [4]. L'opinion contraire nous paraît toutefois résulter de cette autre loi, citée par Démosthène dans son discours contre Timocrate, et d'après laquelle les sénateurs, en entrant en fonctions prêtaient le serment suivant : « Je n'emprisonnerai aucun Athénien lorsqu'il fournira trois cautions payant la même contribution que lui, sauf les cas où il serait condamné pour trahison envers l'Etat, ou pour conspiration contre le pouvoir populaire, sauf encore les cas où, ayant un versement à faire des deniers de l'impôt, soit comme fermier, soit comme caution, soit comme receveur, il ne remplirait pas cette obligation [5]. » Il semble donc que, sauf les exceptions citées par ce texte, le droit d'obtenir la mise en liberté sous

(1) Lécrivain, *Contrainte par corps*, p. 5.

(2) V. *supra*, t. II, p. 415.

(3) Hudtwalcker, p. 152 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 963, note 575. — Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1219.

(4) Démosthène, *Argumentum* du discours entre Timocrate. — Cf. Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 37.

(5) Démosthène, *C. Timocr.*, § 144. — V. *supra*, p. 455, note 2.

caution était absolu. On doit admettre, à plus forte raison, que le débiteur avait le même droit lorsqu'il était poursuivi en raison d'une dette commerciale [1].

L'emploi de la contrainte par corps, même dans les cas exceptionnels où il était autorisé, ne paraît pas avoir été vu d'un œil favorable par les Athéniens et même, dans certaines circonstances, il était assimilé à un acte d'impiété et puni sévèrement. Ainsi, dans son plaidoyer contre Midias, Démosthène nous dit qu'il fut sérieusement question d'infliger la peine capitale à un créancier nommé Evandre qui, ayant obtenu un jugement contre son débiteur Ménippe dans une affaire commerciale, et voulant le faire incarcérer, l'avait saisi pendant qu'il assistait à la célébration des mystères, et cependant le débiteur était un étranger. L'affaire se termina par une transaction dans laquelle le créancier dut abandonner sa créance toute entière, se montant à deux talents, et payer en outre à son débiteur des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il lui avait causé en le forçant à rester à Athènes pour plaider contre lui [2].

Si à Athènes, grâce aux réformes de Solon, on en était arrivé de bonne heure presque au point où notre législation se trouvait encore avant l'abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867, la servitude de la dette a persisté beaucoup plus longtemps dans le reste de la Grèce, et le débiteur continuait d'y être tenu non seulement sur ses biens mais encore sur sa personne [3]. Les anciens

(1) Hermann-Thalheim, p. 135 ; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 37. Les textes cités par Caillemer à l'appui de cette solution (Isocrate, *Trapez.*, § 12 ; Démosthène, *C. Zenoth.*, § 29) ne sont nullement décisifs, car ils se réfèrent à la caution *judicio sistendi causa*. Cf. Meier, *De bonis damn.*, p. 28 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 963, note 575 ; Hermann-Thalheim, p. 135, note 2.

(2) Démosthène, *In Midiam*, § 176.

(3) L'opinion contraire, soutenue par quelques auteurs, ne peut tenir évidemment devant les documents que nous allons mentionner. Hecker (cité par Thalheim, p. 21, note 4) dit notamment : « Apud Græcos debitores qui solvendo non erant, creditoribus addictos fuisse nemodum inaudivit. » Cf. Voigt, *Jus natur.*, II, p. 415 ; Szanto, *in Wiener Studien*, IX, p. 284.

auteurs font, en effet, de nombreuses allusions à la servitude de la dette [1]. Elle est attestée, d'un autre côté, par des inscriptions relatives à diverses cités grecques. Ainsi à Héraclée les cautions qui garantissent le payement des fermages des terrains sacrés, sont déclarées responsables sur leurs personnes et sur leurs biens [2]. De même, dans le contrat de prêt de Nicaréta, les emprunteurs et leurs cautions s'engagent à la fois personnellement et sur tous leurs biens [3]. Un décret des Arcadiens au profit des Tégéens autorise pareillement l'exécution sur la personne et sur les biens [4]. Une inscription de Gortyne renferme des dispositions très intéressantes sur l'individu qui a engagé sa personne pour dettes, κατακείμενος [5], et qui correspond soit au *nexus* du droit romain, soit au δανεισάμενος ἐπὶ σώματι du droit attique avant les réformes de Solon. L'engagé gortynien, de même que l'individu *in mancipio* à Rome, n'est point toutefois

(1) Lysias, *De cæde Eratosth.*, § 98 : οἱ δ' ἐπὶ ξένης μικρῶν ἂν ἕνεκα συμβολαίων ἐδούλευον ἐρημίᾳ τῶν ἐπικουρησόντων. Isocrate, *Plataic.*, § 48 : πολλοὺς μὲν μικρῶν ἕνεκα συμβολαίων δουλεύοντας. Cf. Diodore de Sicile, I, 79 et Etymolog. Gud., p. 193, cités *supra*, t. II, p. 414, note 6 ; Eustathius, *Ad. Odys.*, XIV, 63, p. 1751, 2. Polybe (XXXVIII, 3, 10) cite comme une des mesures révolutionnaires de Critolaos la défense d'emprisonner pour dettes : μηδὲ παραδέχεσθαι τοὺς ἀπαγομένους εἰς φυλακὴν πρὸς τὰ χρέα. Cf. Lécrivain, *loc. cit.*

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 208, l. 154 : τὼς δὲ πρωγγύως... πεπρωγγυευκῆμεν τῶν τε μισθωμάτων... καὶ αὐτὼς καὶ τὰ χρήματα.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 105 s. : ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων καὶ ἐκ τῶν ἐγγύων... καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς.

(4) Le Bas-Waddington, n° 72, l. 23 s. : αἴ τινες, τῶν ὁρμιομένων Ἀρκάδων ἀδικήσωντί τινα Τηΐων... ἐξέστω τῷ παραγενομένῳ Τηΐων ἐπιλαβέσθαι καὶ τῶν σωμάτων καὶ χρημάτων. — Suivant Lécrivain (*Contrainte par corps*, p. 8), on voit, dans les inscriptions relatives à l'affranchissement par forme de vente à la divinité, que le maître peut exercer la contrainte par corps sur son ancien esclave, s'il ne remplit pas les clauses financières de son contrat d'affranchissement. Nous estimons plutôt que l'inexécution par l'affranchi de ses obligations entraîne le retrait de la liberté concédée sous condition résolutoire. V. *supra*, t. II, p. 496.

(5) L'expression correspondante pour désigner le créancier est καταθέμενος. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 395 et 396, col. V et VI ; *Mus. ital.*, II, 597 et s.

servus, mais seulement *loco servi*, et sa personnalité juridique survit à sa déchéance. Ainsi l'on voit, par les débris de législation qui nous sont parvenus, que l'engagé peut encourir des dommages-intérêts soit envers son créancier, l'engagiste, soit envers des tiers. Mais s'il peut figurer en justice comme défendeur, il ne le peut point comme demandeur, et il doit être représenté en pareil cas par l'engagiste. Pour les torts qui lui sont faits, il a droit, du reste, aux mêmes réparations qu'un homme libre. Si l'engagiste refuse d'aller en justice pour l'engagé, celui-ci n'a d'autre ressource que d'attendre qu'il ait fini de payer sa dette, et, après avoir ainsi recouvré sa liberté, il agira personnellement. Il est probable que les fruits du travail de l'engagé étaient imputés, déduction faite de ses frais d'entretien, sur le montant de sa dette [1]. Le débiteur crétois devient-il de plein droit κατακείμενος s'il ne paye pas sa dette à l'échéance? Ou bien, au contraire, faut-il une clause spéciale du contrat pour que l'exécution sur sa personne soit possible ? Il est difficile de se prononcer sur ce point dans l'état actuel des sources. Il résulte, dans tous les cas, des divers documents précités, que le débiteur pouvait engager conventionnellement sa personne comme ses biens, d'où l'expression δουλεύειν κατὰ συγγραφήν [2] [3]. Une inscription d'Halicarnasse, relatant une con-

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 487-488. Dans un autre passage (IX, 41-43), la loi de Gortyne signale un cas d'application de la contrainte par corps au fils qui s'est porté caution du vivant du père. V. *supra*, p. 474, note 5.

(2) Dion Chrysostome, XV, p. 453, R. — Toutefois la clause autorisant le créancier à πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης ne suffisait point, à notre avis du moins, pour donner au créancier le droit d'exercer la contrainte par corps sur son débiteur. Elle lui permettait seulement de procéder à une saisie directe de ses biens. V. *supra*, p. 449.

(3) En Egypte, la contrainte par corps qui, d'après Diodore de Sicile (I, 79, v. *supra*, t. II, p. 414, note 6) avait été abrogée par le roi Bocchoris au VIIIe siècle avant J.-C., fut de nouveau appliquée sous la domination grecque. Cf. Mitteis, p. 447. — Dans certaines villes de Béotie, le débiteur qui ne payait pas à l'échéance, s'il n'était pas réduit en servitude, pouvait du moins être traîné

vention entre Lygdamis, tyran de Carie et les citoyens d'Halicarnasse porte, comme sanction du contrat, que ceux qui en enfreindront les clauses, s'ils ne possèdent point une fortune de dix statères, seront vendus comme esclaves hors de la ville précitée, sans pouvoir revenir [1].

SECTION III

Garanties contre l'insolvabilité du débiteur (Sûretés personnelles).

§ I. — Du cautionnement.

A. — *Généralités.*

Le cautionnement est un contrat par lequel une des parties prend l'engagement personnel d'accomplir, au profit de l'autre, une prestation qu'un tiers doit à celle-ci comme débiteur principal, dans le cas où ce tiers n'acquitterait pas lui-même sa dette [2]. Dans l'énumération qu'il nous a laissée des contrats les plus usuels, Aristote [3] signale le cautionnement, sous le nom d'ἐγγύη, entre les

par son créancier sur la place publique où il était coiffé d'un κόφινος ou panier d'osier, ce qui entraînait pour lui l'atimie. Nicolas de Damas, *in* Stobée, *Serm.*, XLIV, 41. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1219.

(1) Dittenberger, *Sylloge*, I, 5, l. 39 : ἢν δὲ μὴ ἦι αὐτῶι ἄξια δέκα στατήρων, αὐτὸν πεπρῆσθαι ἐπὶ ἐξαγωγῆι καὶ μηδαμὰ κάθοδον εἶναι εἰς Ἁλικαρνησσόν. Cf. Anthes, p. 22. — On peut encore citer un passage de Diodore de Sicile (XXXVI, 3, 1-2) où Marius, faisant demander des auxiliaires à Nicomède, roi de Bithynie, reçoit cette réponse que la plupart des Bithyniens ont été emmenés comme esclaves par les publicains et dispersés dans toutes les provinces. Le sénat décide alors qu'aucun ingénu, parmi les alliés du peuple romain, ne pourra être réduit en servitude, et ordonne aux gouverneurs d'affranchir ceux qui avaient subi ce traitement. Cf. Lécrivain, *loc. cit.*, p. 6-7. Dans d'autres textes encore il est question de la contrainte par corps, mais dans les relations internationales et comme un des éléments du droit de représailles. V. Lécrivain, p. 7-8.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 672.

(3) Aristote, *Ethic. Nicom.*, V, 2, § 13.

prêt de consommation et le prêt à usage. La caution se nomme, en conséquence, ἐγγυητής [1], ἔγγυος ou quelquefois encore ἀνάδοχος [2]. Se porter caution est alors désigné par les expressions ἐγγυᾶσθαι τινί ou τινά [3], ἀναδέχεσθαι ἐγγύην [4] ou simplement ἀναδέχεσθαι [5], ou encore ὑπογράψασθαι [6]. Le cautionnement ayant pour but de soustraire un débiteur à la contrainte par corps se nomme ἐξεγγύη, ἐξεγγύησις, le fait de le contracter ἐξεγγυᾶσθαι, et l'on applique le mot ἐξεγγυηθῆναι au débiteur ainsi libéré [7]. L'expression διεγγύησις est également employée comme synonyme d'ἐξεγγύησις [8].

Le cautionnement, dans le droit romain de même que dans les législations modernes, apparaît uniquement avec le caractère d'un contrat accessoire. D'après certains auteurs, il n'en aurait point été ainsi dans le droit grec primitif. Alors, en effet, pour qu'il y eût contrat légalement formé et obligatoire, il ne suffisait pas de l'accord de deux volontés ; il fallait de plus, en général, qu'un tiers intervînt et se portât caution. Le cautionnement n'était point à cette époque considéré comme une simple garantie accessoire du contrat principal, c'était un élément essentiel de ce contrat. La caution

(1) Cf. Bekker, *Anecd.*, I, p. 244 : ἐγγυητής ὁ ἀναδεχόμενος δίκην.

(2) Ménandre, *Frag.*, 3 (Didot, p. 51) ; *Bulletin* (Comptes de Délos), VI, p. 69 ; XIV, p. 439. — A Gortyne, le cautionnement s'appelle ἀνδοκά, le mot ἀνδεκέσθαι désignant alors le fait de se porter caution (IX, 24 et s.). Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 382, note 1.

(3) Isée, *De Dicaeog. her.*, §§ 18 et 33.

(4) Cf. Ast, sur Théophraste, *Charact.*, p. 124.

(5) Bekker, *Anecd.*, I, 82, 29, qui se réfère au discours d'Antiphon, *C. Polyeuct.*

(6) Démosthène, *Epist.*, I, § 9, p. 1484.

(7) Harpocration, v° ἐξεγγύησις : τὸ ἐξελέσθαι τινὰ δι' ἐγγυητῶν καταστάσεως. Cf. Suidas, *eod. v°*. Bekker, *Anecd.*, I, 38, 9 ; Pollux, VI, 177 ; Andocide, *De Myster.*, § 44 ; Lysias, *C. Pancl.*, § 10 ; Démosthène, *C. Timocr.*, § 40.

(8) Cf. Démosthène, *C. Timocr.*, § 73 ; *C. Neaer.*, § 41 ; Isocrate, *Trapez.*, § 14 ; Harpocration, v° διεγγύησις. V. au surplus, sur la terminologie usitée en matière de cautionnement : Platner, *Process*, II, p. 359 ; Meier, Schoemann et Lipsius, p. 709-710 ; Hermann-Thalheim, p. 105 ; Lécrivain, *Le cautionnement*, p. 225.

intervenait pour créer le lien d'obligation entre les deux parties. Par suite, son obligation, au lieu d'être envisagée, ainsi que dans nos lois modernes, comme subsidiaire, était aussi forte et même plus rigoureuse que celle du débiteur principal. La caution jouait un rôle analogue lorsqu'il s'agissait non plus d'une obligation mais d'une translation de propriété, d'une vente par exemple. L'opération ne s'accomplissait pas simplement, comme aujourd'hui, entre deux personnes, le vendeur et l'acheteur, mais bien entre trois, et le tiers qui liait le vendeur envers l'acheteur, et réciproquement, contractait seul l'obligation de garantie. C'est du moins de cette manière que les choses durent se passer à l'époque primitive. Mais à une époque ultérieure les idées se modifièrent. On admit que l'obligation pouvait prendre naissance ou la propriété se transférer directement entre les parties sans aucun intermédiaire, et les cautions ou garants n'intervinrent plus pour créer mais seulement pour fortifier le lien d'obligation. C'est ainsi que dans le droit athénien on ne trouve plus que des vestiges de l'ancienne théorie ; mais celle-ci a laissé des traces plus profondes dans d'autres cités grecques, notamment à Ténos, où ce n'est point le vendeur qui est soumis à l'obligation de garantie envers l'acheteur, mais bien le ou les confirmateurs ou garants de la vente [1].

C'est à propos du contrat de vente que cette théorie trouve sa principale application, au point de vue des textes, et nous avons vu précédemment qu'elle est loin d'être établie d'une façon péremptoire pour certaines localités, comme à Ténos, où les garants jouaient un rôle fort important dans la vente [2]. La question ne présente guère, du reste, qu'un intérêt historique puisque, de l'aveu même de ceux

(1) Dareste, *in Journal des savants*, 1883, p. 171. — Cf. Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 100 ; Dareste, *Science du droit*, p. 150.
(2) V. *supra*, p. 145 et s.

qui ont proposé la théorie en question, il n'en subsiste plus que des vestiges dans le droit attique de l'époque classique.

Le contrat de cautionnement apparaît dans le droit grec dès la plus haute antiquité. On le rencontre déjà dans l'Odyssée, où Neptune se porte caution du payement de la rançon (μοιχάγρια) due à Vulcain par Mars surpris en flagrant délit d'adultère [1]. Le cautionnement dut devenir d'un usage très fréquent à mesure que se développèrent les opérations à crédit, étant donnée surtout la *fides græca* et la défiance en laquelle les contractants se tenaient réciproquement. Aussi à Athènes le cautionnement joue-t-il un rôle fort important, soit dans les rapports de l'Etat ou des autres personnes morales du droit public avec les particuliers, soit dans les relations des simples citoyens entre eux.

Il était tout naturel d'abord que l'Etat, quand il n'exigeait pas une sûreté réelle, gage ou hypothèque, réclamât des cautions aux particuliers avec qui il contractait. Ainsi les entrepreneurs de travaux publics doivent presque toujours fournir des cautions, comme en témoignent de nombreux documents, aussi bien, du reste, pour Athènes que pour d'autres localités de la Grèce, et le cautionnement est quelquefois exigé pour des travaux insignifiants [2]. A Coressos, dans l'île de Céos, on voit même un adjudicataire de repas publics fournir une caution [3]. A plus forte raison l'obligation de donner une caution est-elle imposée aux fermiers des domaines de l'Etat ou aux adjudicataires des impôts. A Athènes, à côté des fermiers de ces impôts (τελῶναι) on voit toujours les noms de leurs cautions [4]. Les tribus,

(1) *Odyssée*, VIII, 344 et s. Le cautionnement s'y nomme ἐγγύαι et l'engagement est désigné par l'expression ὑπίσχομαι. Cf. Thalheim, *Prog. Hirschberg.*, 1894, p. 8 ; Lecrivain, *loc. cit.*, p. 200.

(2) V. *supra*, p. 211.

(3) Dittenberger, *Sylloge*, 348.

(4) Démosthène, *C. Timocr.*, § 144 ; Xénophon, *De Vectig.*, IV, § 20 ; Andocide, *De myster.*, § 134 ; Plutarque, *Alcibiade*, § 5. Cf. les autres textes cités

les dèmes et les temples ne se montraient pas moins prudents que l'Etat, et, dans presque tous les contrats où sont intéressées ces personnes morales, on voit intervenir des cautions. C'est ainsi que les baux consentis par les dèmes du Pirée et d'Aixoné ainsi que par les administrateurs des Kythériens sont garantis par des cautions [1]. On voit de même, dans l'inscription des mystères d'Andanie, l'adjudicataire de la fourniture des victimes pour les sacrifices tenu de donner des garants [2].

Le cautionnement intervient pareillement à chaque instant dans les relations des simples particuliers entre eux. Nous avons eu l'occasion de signaler le rôle qu'il joue dans les contrats de vente [3], de louage [4] et de prêt soit à intérêt, soit gratuit [5]. Le payement de la dot peut également être assuré par des cautions [6]. Un plaidoyer de Démosthène nous montre le cautionnement servant à garantir l'exécution d'un compromis, c'est-à-dire d'une convention par laquelle deux plaideurs s'engageaient à accepter l'arbitrage d'une tierce personne, assistée de deux assesseurs : chacun des plaideurs fournissait à l'autre une caution qui s'engageait même par avance à payer, le cas échéant, le montant de la condamnation que l'arbitre pourrait prononcer contre la partie

par Meier, Schœmann et Lipsius, p. 704, note 633. Par contre, au témoignage de Pollux (VIII, 99), le président des polètes aurait garanti à Athènes les ventes publiques. Mais on peut se demander quelle pouvait être l'utilité de cette garantie, puisque les ventes faites par l'Etat étaient irrévocables.

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 237 et s. — V. *supra*, p. 192.

(2) Dittenberger, *Sylloge*, 388.

(3) V. *supra*, p. 128 et 138. Le cautionnement qui intervient dans les actes d'affranchissement de Delphes, n'est qu'une application du cautionnement en matière de vente, puisque ces affranchissements se réalisent sous la forme d'une vente fictive à la divinité. V. *supra*, t. II, p. 476 et s. On trouve, du reste, des garants du même genre dans des actes d'affranchissement sous forme de vente dans d'autres localités, comme à Chaléion, à Tithora et à Naupacte. Cf. *Dialekt-Inschriften*, n°s 1477, 1555 a-f, 1425.

(4) V. *supra*, p. 187, 191, 202 et t. II, p. 252.

(5) V. *supra*, p. 237, 263.

(6) V. *supra*, t. I. p. 298.

cautionnée [1]. Ce même plaidoyer [2] parle des cautions d'une maison de banque, ἐγγυηταὶ τῆς τραπέζης, qui paraissent avoir été non pas seulement des cautions intervenues dans une affaire particulière traitée par la banque [3], non pas même des cautions fournies par les banquiers aux tiers qui leur prêtaient les capitaux nécessaires à l'exploitation de la banque, mais des cautions garantissant d'une manière générale toutes les opérations faites par la maison de banque. C'est ainsi que, d'après Démosthène, le banquier Héraclide ayant pris la fuite, ses cautions prennent l'affaire en main et se chargent de liquider la banque [4]. Elles exercent au nom de celle-ci des poursuites contre les débiteurs, font rentrer les sommes prêtées ou engagées de divers côtés et rétablissent ainsi les affaires. Il y a tout lieu de croire que ces ἐγγυηταί τῆς τραπέζης, qui se substituaient, le cas échéant, au banquier fugitif ou failli, et qui avaient qualité pour réclamer l'exécution des engagements souscrits au profit de la banque et en donner quittance, courant de plus gros risques que les autres créanciers et assumant une plus grande responsabilité, devaient, en cas de succès, réaliser des profits plus considérables. Ils ne devaient pas se contenter de percevoir un simple intérêt fixe, mais partager les bénéfices de l'entreprise dont ils supportaient les périls ; en un mot ils devaient toucher un dividende. Aussi, dans un autre plaidoyer, Démosthène emploie-t-il l'expression κοινωνός [5] pour désigner vraisemblablement celui qu'il qualifie, dans son plaidoyer contre Apatourios, d'ἐγγυητὴς τῆς τραπέζης.

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 15 et s. La caution d'une des parties, d'Apatourios, se trouvait précisément être l'un des assesseurs de l'arbitre et elle avait ainsi, comme caution, intérêt dans l'affaire à juger.

(2) *Ibid.*, § 10.

(3) Philippi, *in N. Jahrb. f. Philol.*, XCIII, p. 825 et s.

(4) Liquider, c'est διαλύειν τὴν τράπεζαν. Demosthene, *Pro Phormione*, § 50.

(5) Démosthène, *C. Timoth.*, § 31 : ἐπιτήδειος ὢν Φορμίωνι καὶ κοινωνὸς ὁ Τιμοσθένης.

(6) Cf. Hermann-Blumner, p. 454 ; Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 214, note 8 :

Nous en sommes réduit toutefois à des conjectures en ce qui concerne la manière dont se formait le lien de droit entre les cautions et les tiers créanciers de la banque. Platner [1] a supposé, mais sans apporter aucune preuve à l'appui de son opinion, que les garants annonçaient soit par des affiches, soit par d'autres modes de publicité, qu'ils répondraient de toutes les opérations auxquelles le banquier pourrait se livrer.

Une autre espèce de cautionnement en matière de banque, est celui que les banquiers donnaient quelquefois à leurs clients dont ils avaient les dépôts comme garantie. Ainsi, dans un plaidoyer d'Isocrate [2], l'orateur nous dit que, voulant avoir à sa disposition à Athènes l'argent qu'il possédait dans le Pont, il demanda à Stratoclès, qui allait lui-même partir pour le Pont, de lui laisser son argent et de réclamer en échange le sien à son père à son arrivée dans le Pont. Mais Stratoclès demandant qui le rembourserait de ses avances si le père de l'orateur ne se conformait pas aux instructions données dans cette sorte de lettre de change, l'orateur le mena devant son banquier Pasion, chez qui il avait des dépôts d'argent, et qui se porta caution vis-à-vis de Stratoclès pour le remboursement du capital et des intérêts [3].

Perrot, *Le commerce de l'argent à Athènes*, in *Mélanges d'archéologie, d'épigraphie et d'histoire*, p. 354. — On peut voir une caution de ce genre dans le plaidoyer de Démosthène pour Phormion (§ 6). Ce dernier, affranchi de Pasion, avait pris à bail la banque de son ancien maître, qui avait onze talents de dépôts placés chez différents emprunteurs sur hypothèques foncières. Ces onze talents de dépôts constituaient vis-à-vis de la banque une créance exigible de la part des déposants et, par suite, un danger pour Phormion, car celui-ci, en sa qualité de métèque, n'aurait pu facilement recouvrer les sommes dues à la banque par ses débiteurs hypothécaires. Pour parer à ce danger, Pasion, qui avait une fortune considérable, se reconnut débiteur envers Phormion des onze talents à la place des autres débiteurs, ou, en d'autres termes, il devint caution de la banque vis-à-vis des déposants créanciers de celle-ci. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. 2, p. 166, note 3 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 204.

(1) Platner, *Process*, t. 2, p. 366.

(2) Isocrate, *Trapez.*, §§ 35-38.

(3) V. *infra*, p. 508.

Abstraction faite des relations contractuelles, le cautionnement était encore pratiqué à Athènes dans un grand nombre d'hypothèses. C'est ainsi que le mari, surprenant le séducteur en flagrant délit d'adultère avec sa femme, peut priver le coupable de sa liberté jusqu'à ce qu'il ait fourni des cautions pour le payement de sa rançon [1]. Le débiteur a également le droit de se soustraire, en fournissant des cautions, à la contrainte par corps dans les cas où cette voie d'exécution peut par exception être pratiquée contre lui [2]. Le cautionnement joue également un rôle fort important dans la procédure athénienne. Une partie peut d'abord, dans certains cas prévus par la loi, réclamer à son adversaire une caution pour l'exécution du jugement qui sera ultérieurement rendu ou pour le payement des frais et la réparation des dommages qu'occasionnera le procès engagé : c'est la caution *judicatum solvi* [3]. Il y a également le cautionnement *judicio sistendi causa* qui est, de droit commun, obligatoire pour les étrangers et qui, en matière criminelle, est souvent exigé des citoyens [4].

D'une manière générale, on peut dire qu'il avait été fait à Athènes un véritable abus du cautionnement. Aussi les moralistes tournent-ils en ridicule cette exagération. On voit par exemple, dans Théophraste [5], le défiant ne donner son habit à nettoyer au teinturier que moyennant caution ; il ne prête de même un vase que sous caution [6].

(1) V. *supra*, t. I, p. 238.

(2) V. *supra*, p. 456.

(3) V. sur cette caution : Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Eggyè*, p. 492 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 220.

(4) V. sur ce cautionnement : Caillemer, *Dépôt, mandat et cautionnement*, p. 531 et s., et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 493 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 223 et s.

(5) Théophraste, *Charact.*, 18.

(6) Le cautionnement peut également intervenir dans des cas qui touchent au droit politique et international ; mais ici la caution a plutôt le caractère d'un otage. Cf. Lécrivain, *loc. cit.*, p. 217.

La fréquence du cautionnement à Athènes permet, sans doute, de reconstruire la théorie de ce contrat. Cependant, dans l'état actuel des sources, cette théorie ne peut point encore être aussi complète qu'on pourrait s'y attendre. Les sources principales sont aujourd'hui le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Dicéogène dirigé contre Léocharès en raison de l'inexécution de l'obligation de garantie par lui contractée, et le plaidoyer attribué à Démosthène contre Apatourios, et qui est une défense contre une action ἐγγύης intentée par ce dernier. Il y a lieu de regretter la perte d'un plaidoyer d'Isée renfermant une défense à une action ἐγγύης formée par un nommé Hémon [1], et d'un plaidoyer que Lysias avait composé contre Aristocrate περὶ ἐγγύης ἐράνου [2].

B. — *Conditions de validité du cautionnement.*

Le cautionnement, de même que tout autre contrat, suppose le consentement des parties, c'est-à-dire du créancier et de celui qui se porte caution. Mais le concours du tiers débiteur ne paraît pas nécessaire, et l'on peut se rendre caution sans ordre de la part de ce tiers et même à son insu [3].

La partie qui s'engage à titre de caution doit, de plus, posséder la capacité nécessaire pour s'obliger. Ainsi, comme nous l'avons précédemment établi, la femme ne peut se porter caution sans l'assistance de son kyrios [4].

Le cautionnement suppose, d'autre part, une dette pour la sûreté de laquelle il soit fourni. Il faut en conclure que le cautionnement intervenant sur une obligation nulle ne peut prendre existence. Mais ne peut-il pas s'appliquer à une obligation naturelle ? L'affirmative était admise en droit ro-

(1) V. Didot, *Orator. att.*, II, p. 33·.
(2) Harpocration, v° ἐρανίζοντες.
(3) Cf. art. 2014, c. civ.
(4) V. *supra*, t. II, p. 363.

main [1]. On a enseigné que dans le droit grec le cautionnement d'une obligation purement naturelle est, au contraire, inadmissible [2]. Mais cette affirmation ne s'appuie sur aucune preuve et nous ne voyons pas ce qui, dans le droit grec, s'opposerait *a priori* au cautionnement d'une obligation naturelle dans le cas où l'on se trouverait en présence d'une semblable obligation. On pourrait en voir un cas dans le cautionnement d'un érane, si l'on admet que la dette née d'un érane n'était pas susceptible d'être poursuivie judiciairement et ne constituait qu'une obligation naturelle. C'est là toutefois, comme nous l'avons établi, une opinion inadmissible [3].

Le cautionnement, étant un contrat acccessoire, ne saurait rationnellement avoir pour objet une prestation différente de celle qui forme la matière de l'obligation principale, ni excéder le montant de cette dernière, ni enfin être contracté sous des conditions plus onéreuses. Ces conséquences avaient été admises par les jurisconsultes romains [4] et elles sont également vraies sous l'empire de notre code civil, par exemple. On peut toutefois douter qu'elles aient été reçues dans le droit grec, car le cautionnement y apparaît avec le caractère d'un contrat beaucoup plus indépendant du contrat principal qu'en droit romain. Aussi voyons-nous que la caution peut quelquefois être tenue plus rigoureusement que le débiteur principal. Ainsi, à Andanie, lorsque le débiteur qui s'est engagé à fournir les victimes de la célébration des mystères ne remplit pas les conditions du marché, ses garants doivent payer une fois et demie la valeur des victimes [5].

Le cautionnement, de même que tout autre contrat, se

(1) Inst., § 1, *De fidejuss.*, III, 20.

(2) Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*, p. 807.

(3) Cf. Reinach, *in* Daremberg et Saglio, v° *Eranos*, p. 807. V. *supra*, p. 265 et s.

(4) V. Accarias, t. II, n° 563.

(5) Dittenberger, *Sylloge*, 388. Cf. dans notre sens : Dareste, *Science du droit*, p. 149.

forme, à Athènes, par le seul accord des parties. La validité de ce contrat n'est donc subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque, et il n'est pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit [1]. Platon, il est vrai, qui, dans son *Traité des lois* [2], se réfère implicitement à la législation athénienne pour tout ce qui concerne le cautionnement, exige certaines formalités pour la formation de ce contrat. Il veut d'abord que la caution s'engage en termes exprès, de sorte que la volonté de s'engager n'aurait pas pu être déduite des circonstances. Il exige, d'autre part, que celui qui se porte caution reconnaisse la convention tout entière dans un acte écrit passé en présence de témoins, au nombre de trois au moins si l'obligation ne dépasse pas 1000 drachmes, et de cinq au moins si l'obligation s'élève au-dessus de cette somme. Mais on admet généralement que le droit positif athénien ne devait pas être ausi rigoureux que Platon, et qu'ici pas plus qu'en tout autre matière, il n'exigeait de formalités spéciales pour la validité du cautionnement [3].

C. — *Effets du cautionnement.*

L'effet du cautionnement c'est de donner au créancier, lorsque le débiteur principal ne remplit point ses obligations à l'époque où il doit le faire, le droit de poursuivre l'exécution de ces obligations contre la caution au moyen de l'action nommée δίκη ἐγγύης [4]. Il s'agit alors de savoir si le droit de

(1) Le cautionnement est toutefois, comme les autres contrats, constaté habituellement par écrit. Cf. Démosthène, *C. Apatur.*, § 35 : ὡς ἐν ταῖς πρὸς τὸν Παρμένοντα συνθήκαις ἐνεγράφην ἐγγυητής. Cf. Gneist, p. 430.

(2) Platon, *Leges*, XII, 953 e : ἐγγύην, ἣν ἂν ἐγγυᾶται τις, διαρρήδην ἐγγυάσθω, τὴν πρᾶξιν πᾶσαν ὡμολογούμενος ἐν συγγραφῇ καὶ ἐναντίον μαρτύρων μὴ ἔλαττον ἢ τριῶν, ὅσα ἐντὸς χιλίων, τὰ δ' ὑπὲρ χιλίας μὴ ἔλαττον ἢ πέντε.

(3) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 491 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 201 ; Dareste, *loc. cit.*, p. 149. — V. toutefois Meier, Schœmann et Lipsius, p. 708.

(4) Théophraste, *Charact.*, 12. — Le fait par le créancier de réclamer à la

poursuite du créancier contre la caution n'est pas subordonné à certaines conditions ou si, en d'autres termes, la caution athénienne ne peut pas se prévaloir de certains bénéfices semblables à ceux que l'on rencontre dans d'autres législations.

Ainsi à Rome le fidéjusseur pouvait se refuser au payement et échapper à toute action aussi longtemps que le débiteur principal n'avait pas été poursuivi et que son insolvabilité n'avait pas été constatée par la discussion ou vente préalable de tous ses biens mobiliers et immobiliers. C'est ce que l'on appelait le bénéfice de discussion, introduit par Justinien après avoir peut-être été déjà consacré par une ancienne loi tombée en désuétude [1]. Il ne semble pas qu'à Athènes la caution ait pu invoquer un semblable bénéfice, ou du moins nous n'en trouvons aucune trace dans les textes. Bien au contraire, la mention que font nombre d'inscriptions du nom des cautions à côté de celui du débiteur principal, tend à prouver que le créancier pouvait agir contre la caution par cela seul que le débiteur principal ne remplissait par ses engagements [2]. A Délos, il est vrai, dans la location des domaines sacrés, le bailleur doit, en cas de non paiement par le fermier, s'en prendre d'abord à certains biens de celui-ci désignés dans le contrat et servant à l'exploitation (bœufs, moutons, esclaves), et c'est seulement en cas d'insuffisance de ces biens qu'il peut poursuivre per-

caution l'exécution de l'engagement par elle garanti est désigné par les expressions ἐγγύας ἀπαιτεῖν, εἰσπράττειν, πράττεσθαι, et celui par la caution de satisfaire le créancier par les expressions ἐγγύας ἀποδοῦναι, ἀποτῖσαι. Cf. Démosthene, *C. Apatur.*, §§ 23-25 ; *C. Nicostr.*, § 27 ; Isée, *De Dicæog. her.*, § 3 ; Antiphon, *Tetral.*, I, β, § 12.

(1) V. Accarias, t. 2, n° 568.

(2) Cf. en ce sens : Platner, *Process*, t. II, p. 368 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 707 ; Hitzig, p. 145 ; Caillemer, *loc. cit.*, p. 491. — Suivant Lécrivain (*loc. cit.*, p. 214), au contraire, il est probable que dans la plupart des cas on ne s'attaquait à la caution que si les biens du débiteur ne couvraient pas la dette. Mais, ajoute cet auteur, il n'y avait pas à ce sujet de règle générale : cela dépendait des conventions, de la nature de l'engagement.

sonnellement le débiteur sur ses autres biens ainsi que les cautions [1]. Mais il y a là une clause d'une nature exceptionnelle. Ainsi le contrat de location des domaines de Zeus Téménitès à Amorgos consacre l'engagement solidaire et sans aucune restriction du preneur et des cautions, καὶ αὐτὸς καὶ οἱ ἐγγυηταί [2].

Il ne semble pas toutefois que la caution ait pu être poursuivie *de plano* par l'ἐγγύης δίκη. On lit, en effet, dans le plaidoyer d'Isée sur l'héritage de Dicéogène, que c'est « parce que ce dernier ne fait pas ce qu'il a promis, que l'orateur poursuit en justice Léocharès, caution de Dicéogène [3]. » Aussi a-t-on conjecturé que l'action contre la caution doit être précédée d'une sorte d'acte extrajudiciaire, sommation en présence de témoins ou acte équivalent, par lequel le débiteur serait mis en demeure de tenir sa promesse [4]. Il semblerait, sans doute, assez rationnel que le créancier ne pût agir contre la caution qu'en apportant la preuve du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations et en justifiant de la mise en demeure du débiteur. Cependant il n'y en a aucune preuve dans le droit attique. Ainsi d'abord lorsqu'Isée nous dit que Léocharès est poursuivi comme caution de Dicéogène, parce que celui-ci n'exécute pas ce qu'il a promis, il ne fait qu'exprimer le rôle normal de la caution, qui est d'accomplir l'obligation mise à la charge du débiteur principal lorsque celui-ci ne le fait pas lui-même. Mais on ne saurait en induire la nécessité

(1) Comptes et inventaires des temples déliens de l'année 279, *in Bulletin* XIV, 1890, p. 433, note 2 : εἰὰν δέ τι ἐνλείπει τοῦ μισθώματος πραθέντων τῶν καρπῶν ἀποδόσθων πρὸς τὸ ἐλλεῖπον τοὺς βοῦς καὶ τὰ πρόβατα καὶ τὰ ἀνδρόποδα· εἰὰν δὲ καὶ τούτων πραθέντων ἔτι ἐλλείπει τι τοῦ μισθώματος εἰσπρασσόντων τὸ ἐλλεῖπον ἐκ τῶν ὑπαρχόντων τοῖς μεμισθωμένοις καὶ τοῖς ἐγγυηταῖς.

(2) *Bulletin*, XVI, 1892, p. 278, l. 1-7.

(3) Isée, *De Dicæog. her.*, § 1 : ἐπειδὴ οὐ ποιεῖ Δικαιογένης ἃ ὡμολόγησε, δικαζόμεθα Λεωχάρει ἐγγυητῇ γενομένῳ Δικαιογένους.

(4) Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, vº *Eggyè*, p. 491, qui cite à tort en ce sens Platner, *Process*, II, p. 368.

d'une mise en demeure préalable du débiteur. D'autre part, le plaidoyer de Démosthène dont on a argumenté pour établir la nécessité ou l'usage d'une sommation préalable au débiteur principal, ne parle nullement d'une semblable interpellation faite au débiteur principal, mais bien d'une sommation faite à la caution elle-même. L'orateur, en effet, qui est poursuivi en qualité de caution de Parménon, nous dit : « Je veux bien qu'Apatourios ait eu une sentence contre Parménon et que j'aie été caution : que devait-il faire alors? M'aborder en présence de témoins, et me réclamer la somme cautionnée... Ou j'aurais payé et il emportait son argent, ou je n'aurais pas payé et alors il intentait son action. C'est, en effet, l'usage dans les affaires de ce genre. On fait toujours sommation avant de plaider [1]. » Or de l'usage ainsi suivi à l'égard des cautions on ne saurait légitimement conclure à une pratique semblable à l'égard du débiteur principal avant de poursuivre la caution.

La caution, en principe et sauf convention contraire, est tenue vis-à-vis du créancier de la même manière et dans la même mesure que le débiteur principal. Elle est tenue, en conséquence, de l'exécution de toutes les obligations, principales ou accessoires, dérivant du contrat qu'elle a garanti. Ainsi, d'après une inscription attique relative à un contrat de bail, la caution est ἐγγυητὴς τοῦ ποήσειν τὰ γεγραμμένα ἐν τῷ χρόνῳ γεγραμμένῳ [2]. Nous avons vu qu'en conséquence la caution fournie par le fermier répond non-seulement du paiement des fermages, mais encore de l'exécution de toutes les autres clauses du bail, comme celles qui, par exemple, ont trait au mode de jouissance imposé au locataire [3].

Dans sa poursuite contre la caution, le créancier peut se

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 25-26. — Cf. Platner, *loc. cit.*
(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII ter, l. 20.
(3) V. *supra*, p. 192 et s.

prévaloir du titre qu'il possède contre le débiteur principal. Mais est-il également autorisé à invoquer un jugement qu'il aurait obtenu contre celui-ci à la suite d'une instance dans laquelle la caution n'aurait pas figuré ? La question est douteuse. En tout cas, il est formellement stipulé dans le contrat de location des terrains sacrés d'Héraclée, que les cautions fournies par les fermiers ne pourront « ni contester, ni former tierce opposition [1] », ce qui veut dire vraisemblablement que la chose jugée contre les fermiers sera jugée par cela même contre leurs cautions [2].

Le créancier peut, d'autre part, exercer contre la caution les mêmes moyens de coërcition qu'il possède contre le débiteur principal. Ainsi lorsqu'il s'agit du cautionnement fourni par l'adjudicataire d'un impôt public, la caution est, en cas de non paiement, frappée comme l'adjudicataire lui-même de l'atimie prononcée contre les débiteurs du trésor et de la confiscation des biens [3]. De plus, il est probable que, dans le cas où le débiteur principal est exceptionnellement contraignable par corps, comme c'est le cas à Athènes pour les dettes commerciales [4], la caution peut être également soumise à cette contrainte. Aussi à Héraclée, où cette voie d'exécution sur la personne est autorisée, voit-on que les cautions données par les locataires des terrains sacrés sont tenues sur leurs personnes comme sur leurs biens [5]. De

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 208, l. 157 : καὶ μὴ ἦμεν μήτε ἄρνησιν, μήτε παλινδικίαν.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 209, note 3.

(3) Démosthène, *C. Timocr.*, § 40 : περὶ δὲ τῶν ὠνουμένων τὰ τέλη καὶ τῶν ἐγγυωμένων... τὰς πράξεις εἶναι τῇ πόλει κατὰ τοὺς νόμους. Cf. Démosthène, *C. Nicostr.*, § 27 : οἵ γε νόμοι κελεύουσι τὴν οὐσίαν εἶναι δημοσίαν, ὃς ἂν ἐγγυησάμενός τι τῶν τῆς πόλεως μὴ ἀποδιδῷ τὴν ἐγγύην. Andocide, *De Myster.*, § 73. — Cf. pour les baux de Délos, *Bulletin*, XIV, p. 433, notes 1-3 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 269.

(4) V. *supra*, p. 452.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 208, l. 156 : καὶ αὐτῶν καὶ τὰ χρήματα. La loi de Gortyne (IX, 40-43) décide que le fils de famille qui se porte caution

même, dans la loi sacrée des baux de Délos, la clause exécutoire stipulée contre le fermier pour défaut de paiement des fermages, l'est également contre ses cautions [1]. Pareillement, dans le contrat de prêt d'Orchomène, il est stipulé que les cautions pourront être poursuivies κατὰ τὸν νόμον [2] aussi bien que l'emprunteur lui-même, expression qui fait vraisemblablement allusion au droit d'exécution immédiate, καθάπερ ἐκ δίκης [3]. De même encore, en cas de cautionnement *judicio sistendi causa*, si l'accusé ne comparaît pas devant le tribunal, ses cautions pourraient, au témoignage d'Andocide, être condamnées aux mêmes peines qui auraient pu être prononcées contre l'accusé, s'il avait été présent [4]. Si l'on peut douter [5] que le juge puisse ainsi prononcer contre les cautions la peine capitale qu'aurait encourue l'accusé contumace, un autre texte prouve cependant que leur responsabilité devait être très lourde, car on voit, dans un plaidoyer de Lysias [6] que les cautions d'Agoratos, lorsqu'elles lui conseillaient de fuir, ajoutaient qu'elles le suivraient immédiatement. Elles montraient par là qu'elles prévoyaient le sort qui leur était réservé si elles restaient à Athènes

du vivant de son père est tenu non seulement sur ses biens personnels (acquêts, successions déjà recueillies) mais encore sur sa personne. On peut toutefois trouver singulier que ce texte n'applique la contrainte par corps que pour l'exécution de l'obligation accessoire. Aussi a-t-on proposé d'interpréter le mot ἀνδεκσήται non point par « se porte caution » mais par « emprunte de l'argent ». Bücheler et Zitelmann, p. 132.

(1) *Bulletin*, XIV, p. 433, notes 1-3.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 104-110 : ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσι. πραχθήσονται κατὰ τὸν νόμον. ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων καὶ ἐκ τῶν ἐγγύων καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς πραττούσῃ ὃν ἂν τρόπον βούληται.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 299-300.

(4) Andocide, *De Myster.*, § 44 : καταλιπόντες τοὺς ἐγγυητάς, οὓς ἔδει ἐν τοῖς αὐτοῖς ἐνέχεσθαι ἐν οἷσπερ οὓς ἠγγυήσαντο. Cf. § 21, *ibid.*

(5) Caillemer, *Dépôt, mandat et cautionnement*, p. 541 et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*, p. 494.

(6) Lysias, *C. Agorat.*, §§ 25 et s.

après le départ de l'accusé [1]. Il est toutefois permis de supposer qu'en pareille hypothèse les cautions pouvaient ne s'engager qu'à payer une certaine somme d'argent en cas de non comparution de l'accusé [2]. C'est à ces dangers du cautionnement que fait allusion le proverbe grec, assez fréquemment cité [3] : ἐγγύη, παρὰ δ'ἄτη, « si tu cautionnes, il t'arrivera bientôt malheur [4]. » On comprend aussi que, dans les plaidoyers des orateurs de même que sur les épitaphes, on signale comme un titre d'honneur d'avoir souvent servi de caution à ses concitoyens [5].

Il est probable, d'ailleurs, que la caution, pour prévenir l'inexécution de l'obligation par elle garantie et se soustraire ainsi à l'action du créancier, était autorisée à prendre certaines mesures conservatoires. Lorsqu'il s'agissait, par exemple, du cautionnement *judicio sistendi causa*, Xénophon nous dit que, pour assurer la comparution de l'accusé et l'empêcher de s'échapper, les cautions pouvaient le faire enfermer ou le détenaient en charte privée [6]. On voit pareillement, dans le plaidoyer de Démosthène contre Apatourios, la caution constituer des gardiens au navire hypothéqué par le débiteur, lorsqu'elle s'aperçoit que celui-ci a l'intention de faire partir le navire [7]. On ne peut toutefois tirer aucune

(1) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 707 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 224.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 708.

(3) Cf. Diogène Laërce, *Chil.* ; Platon, *Charmid.*, 12, D, p. 512 ; Epicharme, *in* Clément d'Alexandrie, *Strom.*, VI, p. 626 ; Plutarque, *De vitioso pudore.* On peut rapprocher du proverbe grec le dicton allemand : « Den Bürgen soll man würgen. » Cf. Hermann-Thalheim, p. 105.

(4) Suivant Lécrivain, *loc. cit.*, p. 224, il faut donner au mot ἄτη son sens primitif de perte d'argent.

(5) *Corp. inscr. græc.*, 2796 ; Antiphon, *Tetral.*, I, 2, 12. — On peut aussi s'expliquer pourquoi les garants sont très souvent choisis parmi les personnages les plus importants de la cité. Nous avons vu qu'il en était ainsi à Ténos et à Delphes à propos des contrats de vente (v. *supra*, p. 140-141). Il en est de même à Orchomène en matière de prêt. V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 299.

(6) Xénophon, *Histor. græc.*, I, 7, 39.

(7) Démosthène, *C. Apatur.*, § 10.

conclusion de ce texte, car le navire en question avait été précédemment engagé à la caution elle-même au moyen d'une πρᾶσις ἐπὶ λύσει, et dès lors celle-ci, en arrêtant le départ du navire, n'avait fait qu'user du droit qui appartient à tout propriétaire [1].

Le créancier, pour assurer l'exercice de ses droits contre la caution peut vraisemblablement exiger que celle qui lui est présentée par le débiteur soit solvable. Ainsi, dans l'adjudication des impôts de douane à Athènes, le Conseil est chargé de vérifier la solvabilité des cautions [2]. De même, à Délos, les hiéropes doivent, sous leur propre responsabilité, s'assurer que les cautions présentées par les débiteurs du temple sont solvables [3]. Pareillement, à Héraclée, les cautions des fermiers des terrains sacrés doivent être agréées par les polianomes [4]. Quelquefois même la mesure de la solvabilité des cautions est fixée par la loi. Ainsi les cautions qu'était tenu de fournir l'accusé devaient, aux termes de la loi proposée par Timocrate, τὸ αὐτὸ τέλος τελεῖν [5], c'est-à-dire payer le même cens de l'accusé [6].

Pour plus de sécurité encore, le créancier peut exiger que la caution garantisse elle-même l'exécution de son enga-

(1) Cf. Platner, *Process*, t. II, p. 368-369 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 708.

(2) Bœckh, t. I, p. 187.

(3) *Bulletin*, XIV, p. 430, note 3. — V. *supra*, p. 192. — Les hiéropes chargé de l'administration donnaient des assises pour la réception des cautions qui se faisait sans doute en même temps pour toute les cautions des débiteurs du temple, fermiers, emprunteurs ou entrepreneurs. C'est ce que l'on nommait αἱ διεγγυήσεις.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 104-105. — Le même contrat porte (*ibid.*, p. 208, l. 156-158) que les cautions « ne pourront ni contester, ni former tierce opposition, ni opposer à la ville et à ses représentants chicane d'aucune sorte ; sinon leur garantie sera nulle. » V. *supra*, p. 474.

(5) Démosthène, *C. Timocr.*, § 144.

(6) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 707. — Cf. Aristote, *Constit. des Athén.*, c. 4 : ἐγγυητὰς ἐκ τοῦ αὐτοῦ τέλους δεχομένους. Aristote, *Œconom.*, II, 1350 a, 18 : διὰ τὸ δεῖν ταλαντιαίους καθιστάναι τοὺς ἐγγύους κτέ. Ἐφημ. ἀρχ., 1887, 57, 17 : τοὺς ἐγγυητὰς καθιστάναι κατὰ : Χ : ἀξιόχρεως.

gement au moyen d'une hypothèque qu'elle constitue sur ses biens. Une inscription d'Amorgos mentionne une hypothèque consentie πρὸς τὴν ἐγγύαν [1]. De même, dans le bail des Piréens, le bailleur exige que le locataire fournisse une caution engageant ses propres biens [2]. Les cautions des fermiers des douanes à Athènes doivent pareillement fournir une hypothèque [3].

Le créancier peut enfin diminuer encore ses risques en exigeant soit plusieurs cautions, soit à la fois des cautions et des hypothèques. La pluralité des cautions paraît avoir été très usitée dans le droit grec, notamment dans les contrats de vente et de location [4]. Le nombre des cautions est, dans les contrats, fixé par les parties elles-mêmes et le créancier peut évidemment se contenter d'une seule ou de deux. Dans les documents qui nous sont parvenus, le nombre des cautions est très variable. Ainsi, en matière de vente, le registre de Ténos signale ordinairement un ou deux πρατῆρες, plus rarement trois, quelquefois quatre ou cinq, sept et même dix [5]. De même, en matière de louage, le nombre des cautions varie suivant les convenances du preneur et selon la mesure de leurs engagements [6].

Il est assez difficile de déterminer, en cas de cautionnement multiple, la situation respective des diverses cautions. Il semble, *a priori*, que chaque caution ayant garanti à elle seule et personnellement l'exécution des engagements contractés par le débiteur, le créancier puisse s'adresser à l'une quelconque d'entre elles indifféremment et réclamer

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 116, nº 64 et p. 136.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 236, l. 5-6 : ἐγγυητὴν ἀποδιδόμενον τὰ ἑαυτοῦ τῆς μισθώσεως.

(3) *Corp. inscr. att.*, III, 39.

(4) V. *supra*, p. 138 et 192.

(5) V. *supra*, p. 139.

(6) V. *supra*, p. 192. — V. sur le nombre des fidéjusseurs dans le cautionnement *judicatum solvi* : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 706.

d'elle l'exécution totale de ses engagements, ou qu'en d'autres termes l'obligation des cautions soit solidaire. Aussi voit-on qu'à Rome, lorsque plusieurs *fidejussores* avaient cautionné la même dette, le créancier pouvait, du moins jusqu'à Hadrien, réclamer la totalité à l'un quelconque d'entre eux. C'est sous cet empereur seulement que fut introduit le bénéfice de division qui donnait à l'un de plusieurs cofidéjusseurs poursuivis le droit d'exiger la division des poursuites entre lui et ses cofidéjusseurs solvables [1].

Quel a été le principe suivi à cet égard par le droit attique? Est-ce celui de la responsabilité solidaire ou celui de la responsabilité divisée? Il nous paraît bien difficile de répondre à cette question, car nous ne possédons point de documents concernant le droit d'Athènes, et l'on ne pourrait se décider que par des analogies tirées de documents relatifs à d'autres localités. Or, dans ces documents, la situation respective des cautions est très diversement réglée. A Ténos, tantôt les garants de la vente (πρατῆρες) s'obligent solidairement, καὶ μέσῳ πάντες καὶ χωρὶς ἕκαστος παντὸς τοῦ ἀργυρίου, tantôt leur responsabilité est divisée, chacun d'eux ne s'obligeant que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, tantôt enfin, parmi les garants, les uns s'engagent pour une partie alors que les autres sont tenus pour le tout [2]. Dans les cautionnements des baux, la responsabilité des cautions, si elle est ordinairement solidaire, est aussi quelquefois divisée. Ainsi l'on voit dans les inscriptions de Délos relatives à la location des domaines sacrés, des cautions ne s'obliger que pour une fraction, une moitié, un tiers et même un soixante-douzième seulement du fermage [3]. A Olymos, une caution s'engage pour un septième, tandis que le six autres sont solidaires pour la totalité des obligations du fermier [4]. A

(1) Cf. May, t. II, n° 395.
(2) V. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 100-101. — V. *supra*, p. 140.
(3) *Bulletin*, XIV, 1891, p. 431, note 1.
(4) Le Bas-Waddington, *Voy. arch.*, 324; Cf. *supra*, p. 193, note 3.

Epidaure, les cautions données par les entrepreneurs des travaux publics étaient probablement solidaires [1]. Pareillement, à Delphes, on voit un prêt dont le remboursement est garanti par plusieurs cautions solidaires [2].

Il nous semble qu'à Athènes la solidarité des cautions devait également être la règle lorsque le contrat était muet à cet égard. La division de la responsabilité est, en effet, contraire, d'une part, à la nature même de l'obligation personnelle contractée par la caution et ayant le même objet que celle du débiteur principal, et, d'autre part, à l'esprit rigoureux du droit antique à l'égard des cautions [3]. Mais il est probable que celles-ci devaient fréquemment stipuler une limitation à leur responsabilité, surtout lorsqu'il s'agissait d'une dette importante.

A la garantie résultant au profit du créancier d'un cautionnement peut s'ajouter, comme nous l'avons observé, celle résultant de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque. Les textes nous fournissent plusieurs exemples de concours des sûretés réelles avec les sûretés personnelles [4]. Le créancier peut-il, en pareil cas, poursuivre le remboursement de la dette aussi bien contre la caution que contre le détenteur du gage qui lui a été affecté? Il faut, croyons-nous,

— V. au surplus, sur l'interprétation de cette inscription : Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 270, note 1 ; Lécrivain, *loc. cit.*, p. 207.

(1) Keil, *in Mittheilungen*, 1895, p. 45

(2) Wescher et Foucart, n° 139. — Cf. Hermann-Thalheim, p. 106, note 1.

(3) Dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate (§ 26), celui-ci et son frère Dinon s'obligent ensemble au paiement de la dette d'Aréthousios, et l'orateur dit à ce sujet : ὡμολόγησαν αὐτοὶ συνεκτίσειν. Cette dernière expression, suivant Dareste (*Plaid. civ.*, t. II, p. 203, note 29), implique l'idée de solidarité.

(4) Cf. *Bulletin*, XIV, p. 453 (Délos) : τάδε ἐδανείσαμεν... Εὐκλείδει... καὶ τοῖς ἐγγύοις ἐπὶ ὑποθήκει. De même, dans les comptes des hiéropes déliens, on voit que les droits du créancier sont garantis par des cautions que l'emprunteur doit fournir ainsi que par des hypothèques. *Bulletin*, VI, 1882, p. 68. Cf. Dareste, Haussoullier et Reinach, p. 34, l. 43-53. La loi d'Ephèse, en parlant des cautions données accessoirement à une hypothèque, s'exprime ainsi : ὑπὲρ τῶν ἐγγύων τῶν ἐγγυωμένων πρὸς αὐτὰ τὰ κτήματα.

répondre affirmativement et dire que le créancier est, en principe, entièrement libre de s'en prendre immédiatement à la caution sans avoir préalablement cherché à obtenir satisfaction sur les objets qui lui ont été spécialement engagés. On a soutenu, il est vrai, qu'il y aurait là une injustice criante et un privilège inexplicable pour le créancier, et que, par suite, la caution ne peut être tenue que pour l'excédent de la dette sur la valeur du gage [1]. Mais cette opinion, qui ne repose, du reste, que sur une fausse interprétation de la loi éphésienne dont nous aurons bientôt à parler, nous paraît contraire aux textes précédemment cités qui permettent au créancier d'actionner immédiatement la caution, sans que celle-ci puisse opposer aucun bénéfice de discussion, et qui soumettent la caution aux mêmes voies de coërcition que le débiteur principal. La caution s'étant engagée personnellement et directement envers le créancier, il n'y a juridiquement aucun obstacle au droit de poursuite directe du créancier contre le garant, et il importe peu que le cautionnement soit ou non accompagné d'une hypothèque. En se faisant donner une sûreté réelle à côté de la sûreté personnelle, le créancier a voulu augmenter ses garanties et non restreindre ses droits [2]. Aussi voyons-nous qu'en droit romain le *fidejussor simpliciter acceptus*, poursuivi par le créancier, ne pouvait renvoyer celui-ci à discuter préalablement le gage fourni par le débiteur [3].

La situation de la caution, telle du moins que nous la comprenons, peut être améliorée par des clauses spéciales, qui vraisemblablement devaient être assez fréquemment stipulées

(1) Thalheim, sur Hermann, p. 160, note.

(2) Cf. en ce sens : Dareste, *in Nouvelle Revue historique du droit*, 1877, p. 167 ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 44-45 ; Hitzig, p. 145 ; Dittenberger, *Sylloge*, 344.

(3) L. 51, § 3, D. *De fidejuss.*, XLVI, 1 : « Creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem simpliciter acceptum, omisso pignore velit convenire ».

bien que nous n'en possédions que peu d'exemples. Les cas que nous allons citer, et où la responsabilité de la caution n'entre en jeu qu'en cas d'insuffisance de l'hypothèque, sont sans doute étrangers au droit attique; mais il est certain que les stipulations de faveur qu'ils renferment au profit des garants devaient également se rencontrer dans les contrats athéniens [1]. A Delphes, le décret réglant l'emploi des sommes offertes à la ville par le roi Attale II, décide que ceux à qui ces sommes seront prêtées devront fournir une hypothèque immobilière et en outre des cautions, et celles-ci devront elles-mêmes se porter garants des gages [2]. Si le capital n'est point remboursé dans les cinq ans, les gages écherront à la ville et devront être vendus; si le produit de la vente ne suffit pas à couvrir la créance de la ville, le débiteur et ses cautions pourront être poursuivis pour le déficit [3]. La caution poursuivie par le créancier peut donc se prévaloir ici d'une sorte de *beneficium excussionis*, et sa responsabilité ne devient effective que si le prix des gages réalisés par la ville est inférieur à la créance de celle-ci ou qu'en cas d'éviction de la ville soit par le véritable propriétaire, soit par un créancier hypothécaire antérieur. Un contrat de location des domaines sacrés de Délos renferme une stipulation de même nature lorsqu'il décide, ainsi que nous l'avons dit précédemment, que le créancier devra d'abord s'en prendre à certains biens du fermier qui lui sont spé-

(1) De même à Rome, on pouvait stipuler que la caution serait seulement responsable « in id quod minus ex pignoribus venditis redactum esset. » L. 63, D. *De fidejuss.*, XLVI, 1.

(2) *Bulletin*, V, p. 157 et s. : ἐγγύους καθιστάναι.... οἱ δὲ αὐτοὶ ἔγγυοι καὶ βεβαιωτῆρες ἔστωσαν τῶν ἐνεχύρων. Hitzig (p. 146) rapproche de cette disposition la définition donnée par l'Etymologicum magnum : ἐγγυῶμαι, κυρίως ὁ τὸ ὑποκείμενον ἀνέπαφον παρέχων.

(3) *Ibid.* : εἰ δὲ πωλειμένα τὰ ἐνέχυρα μὴ εὑρίσκοι τὸ ἀργύριον ποθ' ὃ ὑπέκειτο τᾶι πόλει, πράκτιμοι ἔστωσαν... τοῦ ἐλλείποντος ἀργυρίου αὐτός τε ὁ δανεισάμενος καὶ οἱ γενόμενοι ἔγγυοι.

cialement affectés [1]. La loi d'Éphèse, portant règlement des dettes hypothécaires à la suite d'un état de guerre prolongé, dispose, comme le décret précité de Delphes, que les cautions ne seront responsables qu'en cas d'insuffisance des biens hypothéqués [2]. Mais c'est là, croyons-nous, une disposition exceptionnelle : c'est une application à la caution du « bénéfice de guerre » organisé par la loi, et il y a tout lieu de croire qu'en temps normal, à Éphèse comme à Athènes, en cas de cautionnement d'une dette garantie en même temps par une hypothèque, le créancier avait le libre choix entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle [3].

Lorsque la caution, poursuivie par le créancier, a été obligée de le payer, elle a un recours contre le débiteur principal libéré par ce payement. Ce recours s'exerce-t-il au moyen d'une action spéciale, ou simplement par l'action générale συμβολαίων ou συνθηκῶν παραβάσεως ? Nous ne le savons [4]. En tout cas, ce recours a simplement pour objet, en principe, le remboursement des avances faites par la caution ainsi que la réparation du dommage qu'a pu entraîner pour elle l'inexécution de l'obligation principale. Exceptionnellement, à Délos, le règlement concernant la location des domaines sacrés décide que le fermier qui ne remplira pas ses obligations sera constitué débiteur de la caution pour une somme égale à une fois et demie le montant de l'avance que celle-ci lui aura faite [4]. Il y a là une sorte de clause pénale stipulée au profit de la caution contre le débiteur principal.

(1) V. *supra*, p. 472.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 34, l. 43-53. Ainsi que l'expliquent ces auteurs (p. 45), le bénéfice de guerre consiste, pour la caution : 1° en ce que son engagement est limité à la portion de la dette non couverte par la valeur de l'immeuble ; 2° en ce que cette valeur est appréciée d'après l'état des immeubles *ante bellum*.

(3) V. les auteurs cités *supra*, p. 481, note 2.

(4) Cf. Platner, *Process*, t. 2, p. 368.

(5) Ἂν τις τῶν ἐγγυητῶν εἰσπραχθῇ τοῦ μισθώματος ὑπὸ τῶν ἱεροποιῶν ἢ

Pour assurer l'efficacité du recours ouvert contre ce dernier au fidéjusseur, le droit romain autorisait la caution qui payait le créancier à exiger la cession de ses actions, désormais sans utilité pour le créancier désintéressé et permettant au contraire au fidéjusseur de se prévaloir de toutes les sûretés réelles ou personnelles consenties par le débiteur. On ne trouve, dans le droit attique, aucune trace d'une semblable institution, mais un plaidoyer de Démosthène nous signale un procédé employé par un garant pour se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur. On y voit que l'orateur, qui s'était porté caution d'Apatourios envers le banquier Héraclide, se fit donner en gage, sous forme de πρᾶσις ἐπὶ λύσει, un navire avec son équipage jusqu'au remboursement de la somme pour laquelle il avait cautionné Apatourios, c'est-à-dire jusqu'au moment où il serait certain qu'il ne serait pas obligé comme caution de payer le créancier [1]. Mais la caution ayant des craintes sérieuses que le débiteur ne fît disparaître le gage en faisant partir le navire, y installe des gardiens, remet le gage au créancier qui le fait vendre, et se paie sur le produit de la vente. Cette remise du gage au créancier signifie probablement que celui-ci reconnaît la bonne volonté de la caution et que, par suite, il ne la poursuivra pas immédiatement et lui laissera le temps de réaliser le gage [2]. Quelles que soient, au fond, les véritables relations juridiques existant entre les diverses personnes

αὐτὸς ἀποδῶι ὑπὲρ τοῦ καταστήσαντος αὐτὸν ἐγγυήτην, ἐγγραφέτω ἡ βουλὴ (ὀφείλοντα) τῶι ἐγγυήτηι τὸν καταστήσαντα τὸ ἀποτεισθὲν ἀργύριον ἡμιόλον καθάπερ τοὺς ὀφλήκότας, καὶ εἶναι τοὺς ἐγγραφέντας εἰς ὑπερημέρους κατὰ τὸν νόμον. Inscription inédite, citée par Guiraud, p. 441, note 4.

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 8 : ὠνὴν ποιοῦμαι τῆς νεὼς καὶ τῶν παίδων ἕως ἀποδοίη... τὰς τριάκοντα ὧν κατέστησεν ἐμὲ ἐγγυητὴν τῷ τραπεζίτῃ.

(2) Démosthène laisse supposer, à deux reprises différentes (§§ 10 11), que la remise du gage au créancier par la caution peut avoir pour résultat de libérer celle-ci de son obligation de garantie, ἀπολυθῆναι τῆς ἐγγύης. Tel ne peut être cependant l'effet de cette remise et, comme Hitzig (p. 148, note 4) l'observe très

dont parle l'orateur [1], il est certain qu'il s'agit là d'une de ces précautions que la caution prenait quelquefois contre l'insolvabilité du débiteur, et qui pouvaient revêtir des formes différentes suivant les cas. Ainsi, dans un plaidoyer d'Isocrate, la caution, qui est un banquier, trouve sa garantie dans un dépôt d'argent que le débiteur principal, son client, avait fait à sa banque [2].

Dans l'hypothèse spéciale du cautionnement d'un bail rural, lequel prend fin, comme nous l'avons vu, par la mort du fermier [3], une clause du règlement des baux sacrés de Délos a laissé supposer que la caution aurait la faculté de se substituer au fermier décédé dans son bail et dans ses droits [4]. Mais cette conjecture est loin d'être établie [5]. On peut admettre toutefois que, dans le contrat d'entreprise, les cautions, endossant toutes les obligations de l'entrepreneur, pouvaient et même devaient se substituer à lui [6].

D. — *Extinction du cautionnement.*

Le cautionnement s'éteint soit par voie de conséquence,

exactement, il n'y a pas de doute que l'orateur demeurait tenu envers Héraclide pour le cas où la vente du navire ne couvrirait pas la créance de ce dernier.

(1) Il est assez difficile de justifier au point de vue juridique l'hypothèque donnée par le débiteur à sa caution. L'hypothèque n'est, en effet, que l'accessoire d'une créance et, dans l'espèce, la caution n'avait contre Apatourios qu'une créance purement éventuelle, pour le cas où elle serait poursuivie par le créancier et obligée de le payer. On a supposé, en conséquence, que l'hypothèque garantissait ici un prêt consenti fictivement au débiteur principal par la caution, ainsi que pourrait le laisser croire ces mots du § 12 : καθ' ἃς ἐδανείσθη τὰ χρήματα. Il paraît, au surplus, peu probable que le créancier Héraclide soit intervenu à l'acte d'engagement. Hitzig, p. 148.

(2) Isocrate, *Trapezit.*, § 44 : ἐγγυητής μου ἐγένετο ἡγούμενος πίστιν ἔχειν ἱκανὴν τὸ χρυσίον τὸ παρ' αὐτῷ κείμενον.

(3) V. *supra*, p. 184.

(4) Homolle, *in Bulletin*, XIV, 1890, p. 432, note 1. V. *supra*, p. 184, texte et note 3.

(5) V. *supra*, p. 194.

(6) Homolle, *loc. cit.*

soit directement. Il s'éteint d'abord par voie de conséquence lorsque l'obligation principale sur laquelle il s'appuie s'éteint elle-même. Mais la caution demeure tenue tant que cette obligation n'a point été intégralement anéantie. Ainsi la caution d'un contrat d'entreprise n'est libérée que par l'exécution complète des travaux dont s'est chargé l'entrepreneur [1].

Le cautionnement peut, en second lieu, s'éteindre directement lorsqu'un fait libératoire se produit en la personne même de la caution. Tel serait le cas où celle-ci obtiendrait du créancier la remise de son obligation accessoire. Le cautionnement peut également s'éteindre *a parte fidejussoris* par l'expiration du délai auquel son engagement a été limité par la convention. Dans les baux emphytéotiques d'Héraclée la durée de cet engagement est fixée à cinq années, et à chaque période quinquennale les cautions doivent être renouvelées [2]. A Mylasa, la responsabilité des cautions est plus longue et dure dix années [3].

On s'est demandé s'il n'existait point pour les cautions une prescription plus courte que celle qui était applicable au débiteur principal et si, à Athènes, l'effet du cautionnement n'était point limité par la loi à une année. C'est là, comme nous le verrons, une question assez délicate, mais qui doit plutôt, à notre avis, se résoudre négativement, en principe du moins [4].

§ II. — De la solidarité.

Le caractère propre des obligations que l'on nomme solidaires dans notre droit moderne, et que l'on appelait corréales en droit romain, c'est que l'exécution peut en être récla-

(1) Cf. Keil, *Mittheilungen*, 1895, p. 45.
(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 104, 105 et p. 233.
(3) Le Bas-Waddington, III, 1, 404, l. 13.
(4) V. *infra*, p. 525 et s.

mée pour le tout par l'un quelconque des créanciers ou contre l'un quelconque des débiteurs, et cela bien que l'objet de la dette soit divisible. Mais le paiement fait à l'un quelconque des créanciers enlève aux autres le droit d'agir et, de même, le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres. La solidarité peut ainsi être active ou passive, suivant qu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, mais, dans tous les cas, elle apparaît comme un avantage et une garantie soit au profit des divers cocréanciers, soit au profit du créancier unique.

Si nous supposons d'abord qu'il s'agisse de la solidarité active, elle permet à plusieurs personnes ayant des intérêts communs de se remplacer réciproquement vis-à-vis d'un débiteur unique ; elle augmente les facilités du recouvrement de la créance commune en autorisant l'un quelconque des cocréanciers à poursuivre le débiteur commun et à se faire payer par lui, sauf ensuite à rendre compte à ses coïntéressés. Ce genre de solidarité était connu et pratiqué dans le droit attique. Le plaidoyer de Démosthène contre Lacritos en renferme un exemple. Androclès et Nausicratès, qui prêtent conjointement une somme de 3000 drachmes à Artémon et à Apollodore, avec affectation sur la cargaison d'un navire, stipulent que, faute de remboursement à l'échéance, chacun des prêteurs pourra poursuivre les emprunteurs sur leurs autres biens, καθάπερ δίκην ὠφληκότων, et que ce droit appartiendra καὶ ἑνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις [1]. Comme nous l'avons précédemment expliqué en exposant la théorie des hypothèques [2], il y a là une véritable solidarité active donnant à chacun des deux créanciers le droit de procéder seul à la prise de gage pour la totalité de la somme empruntée, mais sous la condition que le paiement obtenu par l'un d'eux libèrera totalement le débiteur, et sauf

(1) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 12.

(2) *Supra*, t. III, p. 295.

règlement ultérieur des droits respectifs des créanciers dans la mesure de l'argent par eux avancé [1].

La solidarité passive a pour but de procurer au créancier une garantie de paiement sous forme de sûreté personnelle semblable à celle qui résulte d'un cautionnement. Elle diminue non seulement les risques d'insolvabilité auxquels le créancier était exposé, mais encore lui évite l'inconvénient de poursuites et de paiements divisés, puisqu'il peut réclamer la totalité de la dette à l'un quelconque des codébiteurs solidaires. Ce genre d'engagement, que l'on désigne par l'expression κοινῇ ὀφείλειν, par opposition au cas où la dette est simplement conjointe, ἰδίᾳ ou κατὰ μέρος ὀφείλειν, [2], se rencontre très fréquemment dans le droit grec, où les créanciers, connaissant la mauvaise foi de leurs débiteurs, exigent presque toujours d'eux, à défaut de sûretés réelles, des sûretés personnelles consistant dans des cautionnements ou dans la solidarité. Les formules employées pour stipuler la solidarité chez les débiteurs se ressemblent beaucoup, soit à Athènes, soit dans d'autres cités greques. Or trouve notamment les suivantes : τὴν πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν [3], — ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε τῶν δανεισαμένων καὶ ἐκ τῶν ἐγγύων καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων [4], — ἐξέστω πράξασθαι καὶ ἐξ ἑνὸς ἑκάστου ἀργύριον καὶ ἐξ ἁπάντων [5], — καὶ μέσω πάντες καὶ χωρὶς ἕκαστος παντὸς τοῦ ἀργυρίου [6].

La solidarité passive se rencontre dans des contrats de

(1) Cf Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 334, note 14 ; Hitzig, p. 120.

(2) Dareste, *loc. cit.*, I, p. XXXVII.

(3) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 45.

(4) Contrat de prêt d'Orchomène, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 106.

(5) Contrat de prêt d'Arkésiné, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 24 et s. — Une formule semblable se retrouve dans une inscription de Lampsacos (*Corp. inscr. græc.*, II, 3641 b, l. 82) et dans le papyrus 62 du Louvre, col. 6, l. 15 (*Notices et extraits*, XVIII, 2, p. 358).

(6) Registre des ventes immobilières de Ténos, *in* Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 64 et s.

diverses natures, notamment dans le contrat de prêt. Ainsi dans le prêt consenti par Darios à Dionysodore et à Parménisque, sur corps et quille de leur navire, le contrat portait que si les emprunteurs ne représentaient pas le navire, ils devraient payer le double et seraient tenus solidairement, chacun pour le tout [1]. C'est surtout dans les emprunts contractés par les cités obérées que la clause de solidarité passive apparaît dans toute sa rigueur. Le contrat de prêt d'Orchomène stipule la solidarité à la fois de la part des emprunteurs (les polémarques de la ville) et des cautions, et la stipulation de solidarité se rencontre et dans la clause relative au paiement et dans celle relative à l'exécution. La créancière, Nicaréta, peut, pour l'exécution, s'adresser à celui des débiteurs qu'elle veut choisir, à un seul, à plusieurs ou à tous [2]. Dans les emprunts contractés par la ville d'Arkésiné [3] la rigueur est plus grande encore. Le prêteur, qui s'est fait consentir une hypothèque générale sur toutes les propriétés publiques ou privées des Arkésinéens, a le droit d'exécution vis-à-vis de tous les citoyens et peut demander la somme entière à chacun en particulier comme à tous, de la façon qu'il entendra. Le contrat fait même peser la solidarité sur les métèques aussi bien que sur les citoyens, et cependant les métèques, n'étant pas admis à l'assemblée du peuple, n'auraient pas dû être responsables de la conclusion de l'emprunt [4]. La solidarité se

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 45 : ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει, ἐὰν μὴ παρέχωσιν ἐμφανῆ τὴν ναῦν... τὴν πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν. — Cf. l'inscription de Delphes (*in* Wescher et Foucart, n° 139, l. 7 et s.) et ainsi conçue : εἰ δέ τις ἅπτοιτο Ἀφροδισίας ἐπὶ καταδουλισμῶι κατενέγκας τὸν ἔρανον καθὼς γέγραπται καὶ ἀβλαβέος γενομένου Ἰατάδα ἐκ τᾶς ἐγγύας, παρεχόντω βέβαιον τῶι θεῶι ταν ὠνὰν ὅ τε ἀποδόμενος (Ἰατάδας) καὶ οἱ βεβαιωτῆρες Ἀρίστων, Νικόδωρος, Μαντίας. Cf. Hermann-Thalheim, p. 106, note 1 ; Szanto, *in Wiener Studien*, VII (1885), p. 235, note 4.

(2) V. *supra*, p. 488, note 4. — Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 299.

(3) V. *supra*, p. 488, note 5.

(4) Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 331 et 336.

rencontre également, en matière de vente, dans le registre de Ténos [1], de la part de ceux que ce registre appelle πρατῆρες, vendeurs et confirmateurs de la vente, qui, en général, s'obligent solidairement [2]. Nous avons vu d'ailleurs, en posant les règles du cautionnement, que l'obligation des cautions est, en général, plutôt solidaire que conjointe [3].

Dans les hypothèses que nous avons précédemment mentionnées, la solidarité des codébiteurs est conventionnelle et résulte d'une clause formelle du contrat. On peut se demander si le droit attique n'a pas, comme le droit romain, admis en outre une solidarité légale, c'est-à-dire dérivant de la loi en l'absence de toute stipulation des parties à cet égard. Nous estimons que, dans le droit attique comme dans notre droit civil moderne [4], la pluralité des sujets passifs d'une obligation n'entraîne point par elle-même la solidarité des débiteurs et que celle-ci n'a lieu qu'en vertu d'une stipulation expresse du contrat. Nulle part, en effet, dans les cas de solidarité passive qui nous sont parvenus, nous ne voyons que les codébiteurs aient été tenus *ipso jure* chacun pour le tout, et toujours le contrat a soin de stipuler leur solidarité. C'est ainsi que dans l'hypothèse où la solidarité serait le plus admissible, à raison de la faveur due à la créance, dans le prêt à la grosse, les prêteurs prennent soin de la stipuler, ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει κτλ., comme dans l'hypothèse précitée de Dionysodore [5]. Szanto [6] tire également argument en ce sens du plaidoyer de Démosthène contre Nausimaque et Xénopithe. Ce plaidoyer est une παραγραφὴ opposée par les quatre fils d'Aristechme à l'action en dommages-intérêts formée contre eux par Nausimaque et Xénopithe à raison

(1) V. *supra*, p. 483, note 6.
(2) V. *supra*, p. 479.
(3) V. *supra*, p. 479-480.
(4) Cf. art. 1202, C. civ.
(5) V. *supra*, p. 489, note 1.
(6) *Loc. cit.*, p. 237.

de la gestion d'Aristechme leur tuteur. Le montant des réclamations formulées par les demandeurs s'élève à quatre talents, et cependant chacun d'eux ne réclame à chacun des quatre fils d'Aristechme que le huitième de cette somme, ou trente mines [1]. Il y avait là, d'après Szanto, une belle occasion, et dont on a pas usé, de faire valoir une solidarité active et passive en même temps en l'absence de toute stipulation contractuelle. Sans doute, le fait que l'on a actionné non point un seul des défendeurs en qualité de débiteur solidaire, mais tous les obligés à la dette, ne suffirait point à lui seul pour démontrer qu'il n'y avait pas de solidarité légale. Mais il faut y joindre cette circonstance que la procédure attique n'exigeait point, en pareil cas, la formation de huit demandes par lesquelles chacun des créanciers aurait poursuivi chacun des quatre débiteurs. Un seul jugement pouvait, au contraire, condamner chacun des débiteurs au paiement et adjuger sa créance à chacun des créanciers. La possibilité de poursuivre tous les débiteurs dans une seule instance ne présuppose donc nullement une solidarité légale. On pourrait croire, il est vrai, d'après un plaidoyer de Lysias [2], que le créancier du défunt peut poursuivre l'un quelconque des héritiers pour la totalité de la dette. Mais nous avons établi précédemment qu'il n'en est rien et que ce texte ne prouve nullement qu'une poursuite *in solidum* ait été possible contre les héritiers [3]. Nous conclurons donc en disant que la solidarité dans les obligations contractuelles a besoin d'être stipulée, sinon les différents débiteurs ne sont tenus chacun que *pro rata parte*, qu'ils aient figuré per-

(1) Démosthène, *C. Nausim. et Xenop.*, § 2 : ὁ μὲν γὰρ ὑμεῖς ἐπὶ τῇ δίκῃ τίμημα ἀκηκόατε, τριάκοντα μναῖ εἰσὶν, ὧν δὲ φεύγομεν χρημάτων, τέτταρα τάλαντα. ὄντες γὰρ δύο τέτταρας εἰλήχασι δίκας ἡμῖν, τῶν αὐτῶν χρημάτων πάσας τρισχιλίων ἑκάστην, βλάβης. καὶ νυνὶ πρὸς τριάκοντα μνῶν ἐπίγραμμα ὑπὲρ τοσούτων χρημάτων εἰς ἀγῶνα καθέσταμεν.

(2) Lysias, *De pec publ.*, §§ 3 et s.

(3) V. *supra*, t. II, p. 654.

sonnellement dans l'obligation primitive, ou qu'il s'agisse d'héritiers succédant à un débiteur unique [1]. Mais, ainsi que nous l'observions à propos du prêt à la grosse [2], si la solidarité n'avait pas lieu de plein droit, les créanciers prudents ne manquaient point de la stipuler dans les contrats où ils couraient certains risques, comme dans celui que nous venons de citer. Il n'y a point, au surplus, contradiction entre le principe que nous admettons en matière de solidarité et la règle que nous avons proposée à propos du cautionnement, et suivant laquelle la responsabilité des cautions serait solidaire, même dans le silence du contrat à cet égard [3]. Cette règle peut, en effet, se justifier, comme nous l'avons expliqué, par la situation spéciale de la caution et la nature de son engagement. Nous n'avons d'ailleurs admis qu'avec une certaine hésitation la responsabilité solidaire des cautions.

En cas de solidarité passive, tous les codébiteurs étant également tenus, le créancier, comme nous l'avons dit, est libre de poursuivre celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir. D'autre part, le paiement fait par l'un des codébiteurs libère tous les autres, et cet effet libératoire que nous attribuons au paiement doit évidemment s'appliquer aux autres modes d'extinction des obligations. C'est là une conséquence de l'unité d'objet dû. Les jurisconsultes romains, qui avaient soigneusement analysé les caractères de l'obligation corréale, et qui, tout en admettant l'existence d'autant de liens différents qu'il y avait de personnes engagées dans l'obligation, avaient soigneusement observé que la multiplicité des liens n'empêchait pas qu'il n'y eût qu'un seul et même objet aux diverses obligations [4], en avaient

(1) Cf. en ce sens : Meier, Schœmann et Lipsius, p. 677, note 532 ; Szanto, *loc. cit.*

(2) *Supra*, p. 310.

(3) V. *supra*, p. 483.

(4) Inst., § 1, *De duob. reis*, III, 16 : in utraque obligatione una res vertitur.

tiré cette conséquence, fort désavantageuse pour le créancier, que la poursuite formée par lui contre un des codébiteurs consommait son droit d'action à l'égard des autres, qui se trouvaient libérés de cette façon [1]. Nous ne relevons, dans le droit attique, aucune trace d'un effet extinctif analogue à celui qui était ainsi attaché à la *litis contestatio*. Il nous paraît, au contraire, résulter des formules précitées qui établissent la solidarité passive, que la règle suivie à cet égard, dans le droit grec, était celle qu'a consacrée Justinien lorsqu'il a décidé, en abrogeant les anciens principes, que le créancier, bien qu'ayant déjà agi contre l'un des codébiteurs, conserverait le droit d'agir contre les autres jusqu'à parfait paiement [2]. Il faudrait toutefois décider, à Athènes comme à Rome, que par suite de l'unité d'objet dû, la perte de la chose survenue par cas fortuit libérerait les autres débiteurs solidaires.

Le droit romain, en dehors de la convention, avait établi la solidarité légale dans les quasi-contrats, comme dans l'hypothèse de plusieurs cotuteurs obligés envers le pupille à raison de leur gestion [3]. Le droit attique n'a rien admis de semblable et, comme nous l'avons vu en exposant les règles de la tutelle, que la gestion ait été divisée entre les tuteurs ou que ceux-ci gèrent indivisément, en aucun cas ils ne sont responsables *in solidum* envers leur pupille, et les divers cotuteurs ne peuvent jamais être condamnés chacun que *pro rata parte* [4]. Nous avons observé, d'autre part, qu'à plus forte raison il n'existe aucune solidarité entre les divers locataires des biens du pupille [5] [6].

(1) L. 2, D. *De duob. reis*, XLV, 2.
(2) L. 28, C. *De fidejuss.*, VIII, 41. — Cf. art. 1204, c. civ.
(3) L. 18, § 1, D. *De admin. et peric. tut.*, XXVI, 7.
(4) V. *supra*, t. II, p. 312-313.
(5) V. *supra*, t. II, p. 243.
(6) Nous avons eu l'occasion de signaler une sorte de solidarité légale en matière religieuse, quand nous avons dit qu'exceptionnellement la responsabilité

A côté de la corréalité passive, les interprètes du droit romain admettent une simple solidarité ou obligation *in solidum*. Dans les deux cas, que l'obligation soit corréale ou solidaire, l'un quelconque des débiteurs peut être poursuivi pour la totalité de la dette, mais, en cas de solidarité, il semble qu'il y ait plutôt plusieurs obligations identiques des différents débiteurs, tandis qu'en cas de corréalité il n'y ait qu'une simple dette collective. Il en résulte notamment qu'en cas de solidarité la *litis contestatio* ne produit pas, comme en cas de corréalité, son effet libératoire *erga omnes*, et qu'après avoir poursuivi l'un des débiteurs solidaires, le créancier peut en poursuivre un autre, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'il ait été intégralement désintéressé [1]. Le droit grec a-t-il connu une distinction analogue à celle que nous venons de signaler? Nous en doutons. Szanto [2] a néanmoins voulu en trouver la trace dans le contrat de prêt d'Orchomène [3]. L'inscription, dit-il, révèle l'existence de deux obligations différentes, la συγγραφή des polémarques et les ὑπεραμερίαι novées par le contrat : il y a là deux titres distincts dont le créancier peut se servir pour faire valoir ses droits. Le but des deux obligations est le remboursement du prêt qui n'a été effectué qu'une fois par Nicaréta. Mais les deux obligations coexistent, car la restitution ou l'annulation des titres constatant le premier contrat ne doit nullement résulter de la formation du second; le premier titre reste, au contraire, en la possession de la créancière, de même que la syngraphè du second prêt (fictif) demeure entre les mains de son représentant. Nous avons ainsi deux obligations séparées, celle de la ville et celle des polémarques; chacune d'elle se rapporte, quand on considère le but

de certaines familles sacerdotales est, à Athènes, d'ordre collectif et solidaire. V. *supra*, t. I, p. 17.

(1) Cf. May, t. II, n° 390.

(2) *Loc. cit.*, p. 248, note 8.

(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 276 et s.

de la prestation, au même objet, et chacun des débiteurs répond vis-à-vis du créancier et de la totalité de la dette. Il y a donc là tous les caractères de l'obligation solidaire proprement dite en tant qu'il s'agit des rapports de la ville et des polémarques vis-à-vis de la créancière : unité de l'objet dû au point de vue des sujets passifs, et responsabilité *in solidum* de chacun de ces derniers. Sans vouloir rechercher si l'inscription en question révèle bien un cas de solidarité par opposition à la corréalité, nous nous bornerons à observer que, dans le droit grec, au point de vue pratique, la distinction des obligations corréales et simplement solidaires, à supposer qu'elle ait été connue, ne devait point présenter un intérêt pratique appréciable. En effet, comme nous l'avons observé, en aucun cas la poursuite formée par le créancier contre l'un des codébiteurs tenus vis-à-vis de lui pour le tout, ne consommait son droit d'action à l'égard des autres.

TITRE III

EXTINCTION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

CHAPITRE I

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

SECTION I

Généralités.

Le lien de droit qui forme l'obligation est naturellement appelé à se dénouer, et à l'*obligatio* correspond ce que l'on nomme, dans un sens large, la *solutio* ou *liberatio*, c'est-à-dire l'acte ou fait quelconque qui entraîne l'extinction de l'obligation. Cette partie du droit des obligations était, dans la législation romaine, imprégnée du caractère formaliste qui présidait à la formation même de l'obligation. C'est ainsi que, dans les principes purs du droit romain primitif, l'obligation ne pouvait s'éteindre que par l'emploi de formes exactement identiques à celles qui avaient servi à la créer, de sorte qu'à chaque contrat correspondait un mode d'extinction qui lui était réservé et dont l'emploi était indispensable pour que l'obligation pût s'éteindre : *prout quid-*

que contractum est ita et solvi debet [1], tel était le principe [2]. Le droit attique, où la formation des obligations était, comme nous l'avons établi, dégagée de toute idée formaliste, devait admettre les mêmes idées libérales en ce qui concerne leur extinction. Aussi peut-on dire que, de même que toutes les obligations contractuelles peuvent se former *solo consensu*, de même elles peuvent s'éteindre *mutuo dissensu*, en prenant cette expression dans un sens large, c'est-à-dire qu'elles prennent fin soit lorsque le créancier reçoit la prestation qui lui est due, soit lorsqu'il consent à en recevoir une autre en échange, soit enfin lorsqu'il fait remise au débiteur de sa dette. Toutefois à côté des modes d'extinction des obligations qui dérivent de la volonté des parties et qui sont le résultat d'un accord entre le créancier et le débiteur, il en est d'autres qui sont étrangers à la volonté des parties, mais auxquels la loi attache de sa propre autorité la force extinctive : telles sont la prescription ou la perte de la chose due.

A Rome, la division des obligations suivant qu'elles étaient sanctionnées par le droit civil ou par le droit prétorien avait fait admettre une division corrélative des modes d'extinction des obligations suivant qu'ils procédaient du droit civil ou du droit prétorien. Les premiers opéraient d'une manière beaucoup plus énergique que les seconds, c'est-à-dire que les modes du droit civil opéraient *ipso jure*, tandis que les modes du droit prétorien agissaient seulement *exceptionis ope*. Pratiquement, cette différence conduisait à plusieurs résultats importants [3]. A Athènes, où toutes les obligations ont la même nature et où elles sont toutes sanctionnées par la loi civile, on ne rencontre également qu'une même nature de modes d'extinction des obligations ; tous

(1) L. 80, D. *De solut.*, XLVI, 3. — Cf. l. 157, D. *De reg. jur.*, L, 17.
(2) Cf. May, t. II, p. 319.
(3) Cf. May, t. I, p. 318.

dérivent du droit civil et opèrent par conséquent de la même manière.

Nous ne nous préoccuperons point de suivre une classification quelconque des modes d'extinction des obligations et, de même que nous avons présenté successivement la théorie des principaux contrats reconnus par la législation athénienne, de même nous exposerons les règles applicables aux principaux modes d'extinction des obligations au sujet desquels nous possédons quelques renseignement. Il en est quelques-uns dont nous ne pourrons guère que mentionner l'existence, car ici, comme en ce qui concerne la théorie générale des obligations, les sources sont d'une pauvreté regrettable.

SECTION II

Du paiement.

Le paiement (διάλυσις, ἀπόδοσις) est le mode normal et général d'extinction des obligations, aussi est-ce celui sur lequel nous possédons relativement le plus de renseignements. Il consiste, d'une manière générale, dans la prestation de ce qui est dû. Pour être libératoire, c'est-à-dire pour entraîner l'extinction de l'obligation, le paiement doit réunir un certain nombre de conditions. Il doit avoir pour objet ce qui est dû et tout ce qui est dû, être fait par une personne capable de payer à une personne capable de recevoir et ayant qualité à cet effet, enfin être effectué à l'époque, au lieu et de la manière convenus.

Le paiement doit d'abord avoir le même objet que l'obligation elle-même, car, sauf le cas de *datio in solutum* dont nous parlerons ultérieurement, le créancier ne doit pas recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû : la règle

romaine *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* [1], est manifestement applicable dans le droit attique, car elle n'est qu'un corollaire de la force obligatoire de la convention. Ce serait, d'autre part, payer autre chose que ce qui est dû que d'offrir au créancier une partie de ce qui est dû et non la totalité. Le créancier peut donc refuser un paiement partiel, et un paiement de ce genre n'aurait point pour effet de soustraire le débiteur aux conséquences légales ou conventionnelles attachées à l'inexécution de l'obligation. Ainsi, comme nous l'avons vu, pour échapper à la saisie *in causa judicati*, le débiteur doit payer non seulement le capital même de la dette, mais encore les accessoires qui ont pu se joindre au principal, comme les intérêt, ou les dommages-intérêts dus *propter culpam* ou *propter moram* [2]. De même, le débiteur ne peut échapper à l'embateusis de son créancier hypothécaire qu'en payant et le capital et les accessoires de la dette [3]. Le défaut par le débiteur d'acquitter intégralement toutes ses obligations a pour conséquence de le rendre ὑπερήμερος. Le créancier constate quelquefois le défaut de paiement au moyen d'un protêt, que l'on nomme ὑπεραμερία. Ainsi l'on voit, dans une inscription d'Orchomène, Nicaréta de Thespies, créancière de la ville d'Orchomène, faire constater successivement par les conservateurs des créances de Thespies, et en présence d'un témoin, le défaut de paiement par la ville d'Orchomène aux échéances convenues [4].

Le paiement doit, en second lieu, être fait par une per-

(1) L. 1, § 1, D. *De reb. cred.*, XII, 1.

(2) V. *supra*, t. III, p. 225.

(3) V. *supra*, t. III, p. 261. — V. sur l'effet du paiement partiel en cas de dette garantie par une hypothèque au point de vue de la publicité de l'hypothèque, *supra*, t. III, p. 358.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 290. Le mot ὑπεραμερία se rencontre également avec le même sens dans un décret de Lébadée, et ici encore les protêts sont faits contre la ville par son créancier. *Corp. inscr. Gr. sept.*, n° 3054 l. 10 et 13. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 510.

sonne capable de payer. Il est effectué, en règle, par le débiteur lui-même, ou par une des personnes liées accessoirement à la dette, comme une caution. Mais il peut aussi émaner d'un tiers étranger à la dette, tel qu'un mandataire du débiteur : tel est le cas, dont nous traiterons spécialement, où le paiement est effectué par un trapézite dépositaire de deniers appartenant au débiteur et agissant pour le compte de celui-ci. On doit d'ailleurs admettre que le paiement peut être fait par un tiers quelconque au nom du débiteur, lorsqu'il s'agit d'une obligation où la personnalité du *solvens* est indifférente au créancier, comme dans le cas de paiement d'une somme d'argent [1].

Le paiement n'est libératoire, d'autre part, que s'il a lieu entre les mains d'une personne ayant qualité pour recevoir et donner quittance. En première ligne vient le créancier lui-même, à la condition que celui-ci soit capable de recevoir le paiement. Le débiteur peut aussi payer à un tiers, mandataire légal ou conventionnel du créancier. C'est ainsi qu'en cas de prêt à la grosse fait pour un voyage simple, le remboursement des deniers empruntés, augmentés du profit maritime, qui doit régulièrement avoir lieu dans le port d'arrivée, est ordinairement fait entre les mains d'un correspondant ou d'un agent du prêteur, agent qui est même quelquefois un esclave [2]. Mais la simple qualité d'associé ne suffirait pas. Lycon, par exemple, bien qu'associé de

(1) Lorsqu'une personne se trouvait obligée soit par la loi, soit en vertu d'un jugement, à payer une dette qui ne lui était pas personnelle, elle avait contre le débiteur un recours nommé ἀναφορά. C'est ainsi que, dans le discours de Démosthène contre Timocrate, § 13, où il est question de faire payer par les triérarques au trésor une somme d'argent qu'ils ont capturée sur un navire égyptien mais qui n'est plus en leur possession, l'orateur dit, en parlant du recours qu'ils auront contre les détenteurs de cette somme : ὑμᾶς μὲν εἰσπράττειν τοὺς τριηράρχους, ἐκείνοις δ' εἶναι περὶ αὐτῶν εἰς τοὺς ἔχοντας ἀναφοράν. Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Anaphora* ; Hermann-Thalheim, p. 119, note 3.

(2) V. *supra*, p. 309.

Céphisiade, donne l'ordre au banquier Pasion de tenir à la disposition de Céphisiade des fonds déposés à la banque. C'est donc que les simples relations de société n'autorisaient pas ce dernier à toucher les fonds [1]. Quelquefois aussi, dans certains documents sur la portée desquels nous reviendrons en étudiant la transmission des obligations, le paiement peut être valablement fait au porteur du titre [2].

En supposant même que le paiement soit fait à une personne ayant qualité pour le recevoir, il ne peut être libératoire s'il est fait au préjudice d'une opposition légitime, d'une saisie-arrêt, pour employer l'expression moderne. Le plaidoyer de Démosthène contre Callipe montre, en effet, que l'opposition à paiement était connue dans le droit attique, car l'orateur nous dit que Callipe, après avoir lu l'ordre de payer à Céphisiade, « s'est retiré sans rien dire, sans former aucune opposition, sans signifier aucune défense, au sujet de cet argent [3]. »

En ce qui concerne le lieu et l'époque du paiement, la convention fait la loi des parties. Elle détermine ordinairement le lieu dans lequel le débiteur devra remplir son obligation, par exemple, rembourser le prêt qu'il a contracté. Ainsi Praxiclès de Naxos, qui prête trois talents à la ville d'Arkésiné d'Amorgos, stipule que le paiement soit du capital, soit des intérêts se fera à Naxos [4]. Il est dit de même dans un contrat de prêt constaté par un papyrus gréco-égyptien, que les deniers seront restitués dans la maison même du prêteur, aux frais de l'emprunteur [5]. A défaut d'une

(1) Démosthène, *C. Callip.*, § 3. — Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 183, note 3.

(2) V. *infra*, p. 540 et s.

(3) Démosthène, *C. Callip.*, § 19 : οὐδὲν οὔτε ἀμφισβητήσαντα οὔτ' ἀπειπόντα αὐτὸν περὶ τοῦ ἀργυρίου. Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. II, p. 185, note 14 et *in Annuaire*, 1874, p. 84.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 18-19.

(5) *Notices et extraits*, t. XVIII, 2e part., no VII. — Cf. Caillemer, *Les papyrus grecs*, p. 11.

semblable convention, la dette eût-elle été également portable, ou bien, au contraire, comme cela avait lieu en droit romain, du moins pour les dettes de choses de genre, n'eût-elle point été quérable ? La dernière solution peut s'induire d'un passage de Démosthène où Apollodore, parlant de ses créanciers qui menaçaient de le saisir pour se faire payer les intérêts des sommes qu'ils lui avaient prêtées, dit : ἦγον ἐπὶ τοὺς τόκους [1]. Ce n'est là toutefois qu'une assez faible induction.

Lorsque le paiement consiste dans la prestation d'une somme d'argent, il doit se faire en la monnaie convenue. Dans le contrat précité de Praxiclès, il est dit que le paiement du principal et des intérêts devra se faire en monnaie d'Attique ou en monnaie d'Alexandre, ayant cours au domicile du créancier, en espèces pleines et de bon aloi [2]. C'était là une stipulation fort prudente à une époque où chaque cité, petite ou grande, avait sa monnaie, symbole de son indépendance et de sa souveraineté, et où la valeur de la drachme, qui servait généralement de type, variait suivant les localités [3].

Quand le paiement réunit les conditions que nous venons d'indiquer, le créancier ne peut refuser de le recevoir. Nous ne possédons aucun renseignement concernant les règles qui, dans le droit attique, devaient correspondre à la procédure des offres et de la consignation admise dans le droit romain [4]. Nous savons seulement qu'une clause pénale pouvait être stipulée contre le créancier qui refuserait de recevoir le paiement après l'échéance de la dette [5].

(1) Cf. en ce sens, Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fenus*, p. 1218.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 314, l. 20-21.

(3) Cf. Perrot, *Le commerce de l'argent*, p. 344 et s. ; Guillard, *Les banquiers athéniens*, p. 7.

(4) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXVIII, parle d'une πρόκλησις ou sommation de recevoir.

(5) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 286, l. 159 et s. — V. *supra*, p. 437.

Le droit romain et les législations modernes ont posé des règles concernant l'imputation des paiements, cas qui se présente lorsqu'une personne étant tenue envers le même créancier de plusieurs dettes ayant toutes le même objet, par exemple une somme d'argent, fait un paiement insuffisant pour les éteindre toutes. Nous ne possédons aucun renseignement sur la théorie suivie par le droit attique à ce sujet.

Le paiement peut, comme le contrat même, se prouver par tous moyens et sa validité n'est subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité. Lorsque les droits du créancier se trouvaient constatés par un titre rédigé en un exemplaire unique, le paiement effectué par le débiteur, consistant, par exemple, dans le remboursement des deniers prêtés, pouvait se faire très simplement, même sans appeler de témoins. Le créancier qui exhibait son titre au moment où il recevait le montant de sa créance, n'avait qu'à le détruire matériellement ou à le remettre au débiteur; cet anéantissement ou cette remise, enlevant au créancier son moyen le plus sûr d'établir ultérieurement l'existence de la dette, suffisait pour assurer la libération du débiteur [1]. Lorsque plusieurs exemplaires avaient été rédigés, s'ils se trouvaient tous entre les mains du créancier, on pouvait encore se borner à les détruire. Mais lorsqu'ils avaient été répartis entre plusieurs personnes, le débiteur devait prendre certaines précautions pour ne pas être exposé à se voir opposer ultérieurement les exemplaires que l'on n'avait pas pu anéantir. Il se faisait alors remettre une quittance écrite, ἀποχή [2], ou bien il ne se libérait qu'en présence de témoins aux souvenirs de qui il pouvait s'adresser, le cas échéant, pour établir le fait de sa libération. L'intervention de témoins au paiement

(1) Cf. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 31.

(2) Pour les quittances du paiement de la dot, v. *supra*, t. I, p. 293, texte et note 3.

était, du reste, une mesure de prudence, même dans le cas de destruction du titre unique, si le contrat avait été passé en présence de témoins, car cette destruction du titre n'aurait point été un obstacle à ce que le créancier intentât de nouvelles poursuites contre le débiteur en se fondant sur le témoignage des personnes présentes au contrat. Aussi les plaidoyers des orateurs montrent-ils à diverses reprises que le remboursement des deniers empruntés avait lieu normalement en présence de nombreux témoins [1]. Le débiteur, comme nous l'avons observé [2], y trouvait cet autre avantage de consolider son crédit en portant à la connaissance du public la fidélité qu'il apportait à remplir ses engagements.

Le créancier peut, au lieu de recevoir en paiement la chose même qui lui est due, consentir à accepter une autre prestation : c'est le cas de la *datio in solutum*. On a pu, dans le droit romain, discuter sur le point de savoir si la dation en paiement devait opérer de la même manière que le paiement [3]. Dans le droit attique, il ne peut y avoir aucun doute sur l'effet libératoire de la *datio in solutum* : il est le même que celui du paiement. Les sources nous montrent plusieurs exemples de dations en paiement. Ainsi Archépolis, débiteur envers Aréthousios d'une somme d'argent que celui-ci lui avait prêtée, et ne pouvant lui rembourser à l'échéance l'intégralité du capital, lui donne un esclave en paiement [4]. Nous avons eu l'occasion, en étudiant la matière de la dot, de dire que le constituant peut s'acquitter de son

(1) Démosthène, *C. Dionysod.*, § 13 ; *C. Onetor.*, I, § 19 ; *C. Phorm.*, § 30 ; *C. Everg.*, § 64. — Théophraste dans ses *Caractères* (c. 14) dit également : δεινὸς δὲ καὶ, ἀπολαμβάνων ἀργύριον ὀφειλόμενον, μάρτυρας παραλαβεῖν. Cf. Hermann-Blümner, p. 461, note 3.

(2) V. *supra*, p. 50.

(3) Cf. May, t. II, p. 336.

(4) Démosthène, *C. Nicostr.*, § 20. — Peut-être, dans cette hypothèse, la dation en paiement a-t-elle eu lieu à charge de réméré, ainsi qu'on pourrait l'induire du mot ἐναπετίμησεν. Cf. Dareste, *Plaid. civ.* t. II, p. 203, note 24.

obligation au moyen d'une *datio in solutum* [1]. Nous avons observé, à ce propos, que la chose donnée en paiement revêt le caractère de la chose due par une sorte de subrogation réelle, de sorte, par exemple, que le mari, qui devient propriétaire des choses fongibles constituées en dot, le devient également de l'immeuble qui a été donné en paiement d'une dot constituée en argent [2].

Nous devons, pour terminer ce qui est relatif au paiement, indiquer le rôle important que jouaient les trapézites athéniens soit pour recevoir, soit pour effectuer des paiements de sommes d'argent. Très souvent d'abord les particuliers chargeaient leurs débiteurs de payer entre les mains d'un banquier. Les créanciers trouvaient à ce procédé plusieurs avantages. Ils n'étaient point, d'une part, exposés à recevoir des pièces fausses ou des monnaies n'ayant pas cours et dont ils n'auraient pu se servir qu'à perte. Les trapézites, au contraire, connaissaient la bonté et la valeur de toutes les monnaies et, alors même qu'on versait entre leurs mains des monnaies étrangères, ils savaient toujours en trouver l'emploi. Un autre avantage pour le créancier d'être payé chez un banquier, c'était de ne pas avoir l'embarras de son argent chez lui et, de plus, d'en tirer immédiatement un intérêt, puisque, comme nous l'avons vu, les fonds déposés chez les banquiers en compte courant portaient habituellement intérêt. Quant au débiteur, il trouvait, à payer chez le banquier, cet avantage de posséder sur les livres du trapézite une preuve de sa libération. Lorsqu'enfin le créancier et le débiteur avaient le même banquier, l'opération se résumait en un virement, sans aucun déplacement de numéraire, par une passation d'écritures,

(1) V. *supra*, t. I, p. 291, 296.

(2) V. *supra*, t. I, p. 300, 304, 324. — Nous avons signalé, en étudiant la matière des hypothèques, plusieurs cas où il y a aux yeux de la loi une sorte de *datio in solutum*. V. *supra*, t. II, p. 249, 251, 272.

une sorte de *transcriptio a persona in personam* [1].

Les trapézites pouvaient, à l'inverse, effectuer des paiements pour les personnes avec lesquelles ils étaient en compte. Celles-ci y trouvaient également des avantages, notamment celui de conserver sur les livres de la banque la preuve du paiement. On a conjecturé avec assez de vraisemblance qu'à l'origine le créancier était payé en présence de son débiteur, qui le conduisait chez son banquier, mais qu'on renonça bientôt à un déplacement inutile et que ce fut sur un ordre écrit ou verbal que les banquiers payèrent leurs clients [2]. Si le créancier et le débiteur avaient chacun un compte ouvert chez le même banquier, tout se réduisait, comme nous l'avons précédemment observé, à une passation d'écritures. Si le créancier et le débiteur avaient des banquiers différents, le banquier du débiteur payait directement au banquier du créancier et l'on se bornait à un virement de banque à banque.

Lorsque le déposant prévoyait un paiement à faire dont il voulait charger son banquier, il transmettait à celui-ci l'ordre de remettre telle ou telle somme à la personne qu'il désignait. Le plaidoyer de Démosthène contre Callipe nous donne à ce sujet quelques renseignements sur les mesures prises en conséquence par le banquier. « On inscrit d'abord, dit l'orateur, le nom du déposant, puis la somme déposée et on écrit en marge « payer à un tel » (τῷ δεῖνι ἀποδοῦναι δεῖ). Si la personne à laquelle le payement doit être fait est connue du banquier, on se contente d'indiquer qu'il faut payer à un tel ; mais si elle n'est pas connue, on ajoute en marge

(1) Cf. Cruchon, *De argentariis*, p. 25 ; Guillard, *Les banquiers athéniens*, p. 7-9. — Dans le contrat de prêt d'Orchomène, le paiement, c'est-à-dire le remboursement des deniers prêtés eut probablement lieu par un virement, et c'est cette opération que doit caractériser l'expression παρεγράφει. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 286, l. 173 et p. 302.

(2) Guillard, *loc. cit.*, p. 10.

le nom de celui qui doit la présenter et certifier son identité avant qu'elle puisse toucher » [1].

Lorsque, pour une cause quelconque, le banquier n'avait pu être prévenu des intentions du déposant, celui-ci remettait à la personne qui devait se présenter à la banque un mandat de paiement, revêtu de son cachet ou de tout autre signe distinctif convenu avec le banquier, et après la vérification duquel ce dernier effectuait le paiement en mentionnant l'opération sur ses livres.

Ce mandat de paiement pouvait d'ailleurs être délivré non seulement sur un banquier mais aussi sur un particulier et revêtir soit la forme d'un chèque, soit même, d'après certains auteurs, celle d'une lettre de change. Que d'abord la lettre de crédit ou le chèque ait été connu des Grecs et spécialement des Athéniens, c'est ce que prouve un texte de Lysias qui signale ce procédé comme un moyen de soustraire une somme d'argent aux risques d'un voyage. L'orateur du Trapézitique s'exprime ainsi : « Stratoclès devant s'embarquer pour le Pont, tandis que moi je voulais faire venir de ce pays le plus d'argent possible, je priai Stratoclès de me laisser tout l'or dont il était porteur ; à son arrivée dans le Pont il se ferait rembourser par mon père sur les sommes que celui-ci avait pour moi. Je regardais comme un grand avantage de ne point exposer mes écus aux dangers du voyage, surtout qu'à cette époque les Lacédémoniens étaient maîtres de la mer [2]. » L'orateur ajoute qu'il donna à Stratoclès une lettre dans laquelle il mandait à son père de rembourser à Stratoclès les sommes que celui-ci

(1) Démosthène, *C. Callip.*, § 4, trad. Dareste. — Le paiement fait en banque est nommé διαγραφή dans le contrat de prêt d'Orchomène (Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 286, l. 169 et p. 302). Cette expression avait parfois le même sens dans la langue attique, ainsi que cela résulte d'un texte d Harpocration, v° διαγράψαντος : Δείναρχος κατὰ Λυκούργου. Μήποτε ἀντὶ τοῦ καταβαλόντος καὶ καταθέντος. Ἔνιοι δὲ ἀντὶ τοῦ διὰ τραπέζης ἀριθμήσαντος, ὡς λέγομεν ἐν τῇ συνηθείᾳ.

(2) Isocrate, *Trapezit.*, § 35 et 36.

lui avait avancées [1]. Un texte de Lysias témoigne également de l'usage de la lettre de crédit. Il y est dit que Démos, fils de Pyrilampès, prétendait avoir un σύμβολον du roi de Perse et que grâce à ce σύμβολον il pourrait avoir abondance de toutes choses, et en particulier d'argent, sur tout le continent d'Asie [2].

Faut-il aller plus loin et dire que les Grecs ont eu l'idée de la lettre de change telle que nous la concevons aujourd'hui ? Caillemer enseigne l'affirmative sur le fondement du texte précité d'Isocrate. Stratoclès, dit-il, citoyen athénien, donne à l'orateur, un étranger du Pont, une somme d'argent à Athènes, pour et en échange de la somme d'argent que l'étranger s'oblige à lui faire compter dans le Pont. C'est bien là le contrat de change, et la lettre que Stratoclès reçoit en conséquence pour le père de l'orateur est une lettre de change. On pourrait, sans doute, être tenté de voir dans cette lettre une simple lettre de crédit. « Mais cependant, dit Caillemer, n'est-il pas plus naturel de penser que lorsque le contrat se trouve immédiatement suivi de la rédaction d'une lettre, cette lettre se rattache intimement au contrat et est véritablement une lettre de change ? D'un autre côté, le porteur d'une lettre de crédit n'est pas, à proprement parler, le créancier du tiré, et réciproquement celui-ci n'est pas le débiteur du recommandé. Bien différente, au fond, est la situation du porteur d'une lettre de change alors surtout que, comme dans notre espèce, le tiré a provision. C'est avec ce second cas que la situation de Stratoclès me paraît offrir le plus d'analogie. Enfin la lettre

(1) *Ibid.*, § 37 : ἐὰν ὁ πατὴρ ὁ ἐμὸς μὴ ποιήσῃ τὰ ἐπεσταλμένα.

(2) Lysias, *De bon. Aristoph.*, § 25. Cf. Egger, *Mémoires d'histoire ancienne et de philologie*, p. 132. — Cet auteur voit un autre cas de lettre de créance dans un acte par lequel les Athéniens constatent leur alliance avec un roi de Sidon, et où il est dit que la République et le roi des Sidoniens feront, chacun de son côté, exécuter un *symbolon*, qui servira d'introduction aux agents de Straton auprès des Athéniens et aux agents d'Athènes auprès de Straton.

de crédit, et c'est la conséquence de la remarque que je viens de faire, n'est point entourée de ces garanties que celui qui reçoit une lettre de change est en droit d'exiger de celui qui la souscrit. Nous allons voir, cependant, un contrat de cautionnement intervenir entre Stratoclès et l'étranger ». Caillemer voit, en conséquence, l'espèce de cautionnement que nous nommons aval dans le fait suivant exposé par l'orateur : « Stratoclès, dit-il, me demanda qui le rembourserait de ses avances si mon père ne se conformait pas aux instructions données dans la lettre, et s'il ne me retrouvait pas au retour du voyage. Je lui présentai alors Pasion, qui s'engagea à lui rendre le capital et les intérêts échus » [1]. Examinant enfin le point de savoir si l'on trouve dans la législation athénienne des règles sur la cession de la lettre de change, soit par voie d'endossement, soit de toute autre manière qui donnerait satisfaction aux besoins du commerce, Caillemer reconnaît que nous ne possédons aucun renseignement à cet égard. Mais, suivant lui, ce n'est pas une raison pour en conclure que la créance était forcément personnelle et qu'elle ne pouvait être facilement transmise à un tiers. « Un pareil mode de raisonnement, dit-il, pouvait être exact à Rome, là où la loi avait assujetti à des formalité nombreuses la cession des droits incorporels. Mais la législation d'Athènes sur les obligations présente un caractère de simplicité remarquable et se rapproche, à beaucoup de points de vue, des principes admis par nos codes modernes. Je serais porté à croire, pour ma part, que rien chez les Athéniens ne faisait obstacle à une facile transmission de ces titres de créance [2]. »

Il n'y aurait rien d'étonnant, sans doute, à ce que les Grecs, qui étaient des financiers et des commerçants possé-

(1) Isocrate, *Trapezit.*, § 37.

(2) Caillemer, *Lettre de change*, p. 9 s. — Cf. dans le même sens : Cruchon, *De argentariis*, p. 25 ; Perrot, *Le commerce de l'argent*, p. 357.

dant à un haut degré l'intelligence des moyens de crédit et des institutions propres à développer les relations commerciales, aient inventé la lettre de change, découverte dont le mérite avait été jusqu'à présent attribué aux Juifs et aux Italiens du moyen-âge. Nous reconnaissons également que la loi attique, par la grande liberté qu'elle laissait aux transactions, aurait permis, avec une bien autre facilité que la législation romaine, le fonctionnement du contrat de change et les endossements successifs. Nous verrons même que les créances ordinaires pouvaient être payables à ordre. Toutefois la théorie de Caillemer, quoique fort savamment déduite, et même vraisemblable, nous semble jusqu'à présent purement conjecturale et elle ne repose point, à notre avis, sur des preuves suffisamment convaincantes. Le texte d'Isocrate, le seul sur lequel on puisse fonder l'existence de la lettre de change, peut, en effet, s'expliquer parfaitement dans l'hypothèse d'un chèque, payable au porteur, ou d'un billet tiré de place en place par un banquier sur un de ses confrères [1]. Si le droit grec avait connu la lettre de change, celle-ci aurait été certainement d'un usage fréquent, et l'on rencontrerait dans les sources une expression technique pour la désigner. Or l'expression κολλυβιστικὰ σύμβολα, signalée par certains interprètes modernes [2], n'est employée dans aucun texte ancien dans le sens qui nous occupe, et l'on n'y trouve même pas un exemple de l'adjectif κολλυβιστικός [3]. Nous estimons donc que, tant que de nouveaux documents ne viendront point éclairer notre question, il est plus sage de renoncer à revendiquer pour les trapézites le mérite

(1) Guillard, *loc. cit.*, p. 10 ; Egger, *loc. cit.*, p. 130 et s. ; Hermann-Blümner, p. 455.

(2) Koutorga, p. 15, qui invoque l'autorité de H. Estienne, *Thesaurus ling. Gr.*, v° *κόλλυβος*.

(3) Cf. Egger, *loc. cit.*, p. 130. — Le texte précité d'Isocrate dit seulement τὰ ἐπεσταλμένα. Caillemer (*loc. cit.*, p. 11) le reconnait également, mais, suivant lui, il importe peu que la lettre de change ait porté un nom spécial ou qu'elle ait été désignée par un terme générique.

d'avoir inventé ce merveilleux instrument de crédit que l'on nomme la lettre de change, et d'en laisser l'honneur à leurs successeurs du moyen-âge, dont les titres, jusqu'à présent du moins, paraissent mieux établis. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que les Athéniens et les peuples avec lesquels ils se trouvaient en relations de commerce avaient su réduire de bonne heure les transports de numéraire aux sommes qui formaient le solde d'une place sur une autre [1].

Nous observerons, pour terminer ce qui est relatif au paiement, que l'on rencontre dans le droit grec des traces du pacte de constitut, ou promesse de payer à jour fixé une dette préexistante, *pecuniam debitam constituere* [2]. Ainsi, dans le plaidoyer d'Epicharès contre Théocrine, l'orateur dit, en parlant de ce dernier, qu'il avait avoué le débet et pris terme (κατετάξατο) avec les gens de sa tribu [3]. De même, dans le plaidoyer contre Phénippe, il est question de terme convenu (τίθεσθαι) entre les parties [4]. Il est vraisemblable qu'il s'agit, dans ces deux textes, du pacte de constitut [5]. On peut voir aussi une allusion à ce pacte dans la loi de Gortyne, lorsqu'elle range parmi les sources d'obligations δίρησις (διάρρησις), διαFειπάσθαι [6], termes que l'on peut entendre d'une promesse de payer à jour fixe [7]. Quant à la fonction pratique du constitut dans le droit grec, nous ne possédons aucun renseignement à ce sujet. Peut-être ce pacte pouvait-il servir soit à imposer au débiteur un terme de paiement plus rapproché que l'échéance primitivement convenue, soit, à l'inverse, à proroger une échéance.

(1) Guillard, p. 10.
(2) L. 1, § 1, D. *De pecun. constit.*, XIII, 5.
(3) Démosthène, *C. Theocr.*, § 17.
(4) Démosthène, *C. Phænip.*, § 1.
(5) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 195, note 2, et t. II, p. 139, note 15.
(6) Loi de Gortyne, IX, 27, 36.
(7) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 383 et 478. Le sens de ces expressions est toutefois controversé. V. *supra*, p. 11, note 3.

SECTION III

Compensation.

La compensation est le mode d'extinction des obligations qui se rapproche le plus du paiement, car elle n'est en définitive que la fiction d'un paiement réciproque de deux dettes qui, dans leur rencontre, se détruisent et s'éteignent réciproquement : qui compense paie. Malgré la simplicité de sa notion première, la compensation n'a point cependant toujours figuré parmi les modes d'extinction des obligations, et soit dans le droit romain primitif, soit dans notre ancien droit, la théorie de la compensation a, pour des causes diverses, rencontré des obstacles qui l'ont empêchée longtemps d'être reçue, avant que l'équité et la raison ne finissent par l'emporter.

La compensation, à Athènes, ne trouva point d'entraves, comme à Rome, dans le système de procédure judiciaire, ni dans l'esprit formaliste du droit. Aussi dut-elle être pratiquée de très bonne heure dans la république athénienne. Il y en eut même une raison spéciale, à savoir l'habitude qu'avaient prise les particuliers de déposer leurs fonds chez les trapézites et de charger ceux-ci d'opérer leurs encaissements en même temps que d'effectuer leurs paiements. Les banquiers se trouvant ainsi très souvent tout à la fois créanciers, par suite des avances par eux faites à leurs clients, et débiteurs, à raison des sommes versées à leur caisse par un client ou par un tiers pour le compte de ce dernier, le règlement du compte courant devait naturellement s'effectuer au moyen de la compensation [1], ce que l'on exprimait

(1) C'est ainsi qu'à Rome la *compensatio* de l'*argentarius* fut une des premières admises dans le droit. Cf. Accarias, t. II, n° 909.

par les mots ἀνταλλάτεσθαι, ἀνταναιρεῖν [2]. Un texte de l'époque romaine signale un cas de compensation où figurent également des banquiers, mais pour une autre cause. Atticus avait, par son testament, laissé une rente annuelle d'une mine à chaque citoyen d'Athènes. Son fils Hérode racheta cette rente, du consentement du peuple, moyennant cinq mines, une fois payées, par chaque mine de rente. Mais lorsque les ayants-droit se présentèrent chez les banquiers pour toucher ce capital, ils se virent opposer la compensation de tout ce qu'ils devaient eux-mêmes à la succession d'Atticus [1].

S'il est certain que la compensation était connue et pratiquée dans le droit athénien, nous ne possédons, par contre, aucun renseignement sur les conditions de la compensation ni sur la manière dont elle opérait. Il est fort probable toutefois que le droit attique n'a pas connu le système de la compensation légale, que consacre notre Code civil [3], c'est-à-dire d'une compensation s'opérant de plein droit, par la seule force de la loi, à l'insu même des parties, dès l'instant où les deux dettes se trouvent avoir coexisté, mais à condition qu'elles réunissent l'une et l'autre certains caractères considérés par la loi comme nécessaires pour que la compensation ait lieu. Jamais, en effet, le droit romain, même lorsque Justinien eut décidé que la compensation aurait lieu *ipso jure*, n'a admis la compensation légale. C'était toujours par l'office du juge que la compensation s'opérait. Or il serait bien difficile de croire que le droit attique ait été plus loin et consacré la théorie de notre Code civil, théorie qui n'est née que d'une interprétation inexacte des textes de Justinien.

(1) Dareste, *Plaid civ.*, I, p. XXXVIII.

(2) Philostrate, *Vie des Sophistes*, II, Hérode. — Cf. Dareste, *in Journal des Savants*, 1885, p. 272.

(3) C. civ., art. 1289, 1290.

SECTION IV

Novation.

A la différence des modes d'extinction des obligations que nous avons précédemment étudiés, la novation, si elle éteint la dette, en crée en même temps une autre à la place. La novation peut toutefois se comparer à un certain point de vue au payement, en ce sens que le débiteur paye, pour ainsi dire, avec une autre obligation, celle dont il était tenu, *debitum pro debito.*

Ce mode d'extinction des obligations était connu et pratiqué dans le droit attique, et nous y retrouvons également les trois sortes de novation que l'on distingue généralement, l'une qui a lieu par le changement du débiteur, l'autre qui a lieu par le changement du créancier, et la troisième qui a lieu entre le créancier et le débiteur, sans l'intervention d'un tiers, par le changement de la dette.

Le plaidoyer de Démosthène contre Panténète fait allusion à la première sorte de novation, *mutato debitore.* L'orateur, en effet, dans des circonstances que nous avons précédemment exposées [1] s'exprime ainsi : « Il n'y avait plus moyen de continuer l'affaire ; il fallait, ou bien m'associer avec Evergos pour la régie et l'exploitation, ou bien accepter Evergos pour débiteur au lieu et place de Panténète, passer avec lui un nouveau bail et rédiger un nouveau contrat [2]. » Or l'adoption du second parti indiqué par l'orateur aurait entraîné une novation par substitution d'un débiteur à un autre [3]. On peut voir un autre cas de novation par changement

(1) *Supra*, t. III, p. 292 et s.
(2) Démosthène, *C. Pantæn.*, § 10.
(3) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 272, note 6. — Cf. Hitzig, p. 118

de débiteur dans le plaidoyer de Démosthène contre Nicostrate, si l'on admet que la constitution d'hypothèque effectuée par Apollodore sur son domaine au profit d'Arkésas, créancier de Nicostrate, et pour venir en aide à ce dernier [1], a eu pour effet d'entraîner la libération de ce dernier vis-à-vis d'Arkésas [2]. Si, d'autre part, l'on admet que l'antidosis peut aboutir à un échange réel des patrimoines, une des conséquences de cet échange serait logiquement la novation par changement de débiteur de toutes les obligations incombant aux coéchangistes. Mais précisément on peut difficilement croire que cette novation ait pu s'imposer au créancier et que celui-ci ait été tenu d'accepter un autre débiteur à la place de celui qu'il avait librement choisi [3].

On a voulu voir [4] un dernier cas de novation subjective par changement de débiteur dans le contrat d'Orchomène dont nous nous sommes occupé à propos de la syngraphè [5]. Mais, à notre avis, si l'on peut parler du renouvellement de la créance de Nicaréta, il est impossible d'apercevoir une novation dans les faits juridiques que relate l'inscription, novation par laquelle les notables citoyens d'Orchomène et les polémarques auraient été substitués à la cité elle-même dans son obligation vis-à-vis de Nicaréta. *A priori*, en effet, on ne comprend pas pourquoi Nicaréta aurait abandonné la garantie que lui offrait le crédit de la ville, comme personne morale, pour se contenter du crédit de simples citoyens. On n'aperçoit pas, d'autre part, le motif pour lequel elle aurait consenti à de simples citoyens un prêt gratuit, alors que la dette contractée originairement par la cité portait

(1) Démosthène, *C. Nicostr.*, §§ 12, 13.

(2) V. *supra*, t. III, p. 260.

(3) V. *supra*, t. III, p. 735 et s.

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 298 : « Le contrat d'Orchomène a la forme d'un prêt ou plus exactement d'un renouvellement de créance sous forme de prêt, d'une novation. » Cf. Szanto, *in Wiener Studien*, VII, p. 241 ; Hermann-Thalheim, p. 93, note 1, *in fine*.

(5) V. *supra*, p. 73 et s.

intérêt. Il n'y a donc pas eu novation, mais adjonction d'une nouvelle obligation à l'obligation primitive comme compensation du nouveau délai que la créancière concédait à la ville sa débitrice. L'obligation nouvelle contractée par les polémarques et les notables n'entraînait point extinction de la dette originaire ; elle fournissait simplement une garantie supplémentaire au créancier et, dès lors, il ne saurait être question de novation [1].

Quant à la novation par changement de créancier, on peut en voir un exemple dans le plaidoyer contre Apatourios. L'orateur y dit, en effet, en parlant d'une créance de trois mines que Parménon avait déjà versées : τὰς τρεῖς.... ἀνθομολογησάμενος πρὸς τοῦτον (Apatourios), c'est-à-dire que vraisemblablement l'orateur fit avec Apatourios une convention aux termes de laquelle celui-ci devrait désormais à l'orateur et non à Parménon les trois mines déjà versées par ce dernier. La plupart des interprètes, il est vrai, entendent autrement le mot ἀνθομολογήσαμενος, et suivant eux il signifierait que l'orateur a fait avec Apatourios une convention produisant des obligations réciproques. Mais, comme l'observe Dareste [2], la particule ἀντί exprime plutôt l'idée de substitution que celle de réciprocité. Nous avons indiqué, d'autre part, comment l'antidosis, dans le système de l'échange réel des patrimoines, peut entraîner une novation *mutato creditore*.

La novation *mutata causa debendi* est également possible dans le droit grec. Elle a lieu lorsque l'intention des parties de l'opérer résulte virtuellement et nécessairement de l'incompatibilité entre l'ancienne dette et la nouvelle ou

(1) Cf. Mitteis, p. 471 et s. ; Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1217.

(2) Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. 214, note 3. — Cet auteur signale en ce sens l'expression ἀντεγγράφειν employée par Démosthène pour exprimer l'idée de *transcribere a persona in personam*. — Cf. Goldschmidt, *Inhaber*, etc., p. 378. V. *infra*, p. 538 et s.

lorsqu'elle est manifestée clairement de toute autre manière. Nous en avons rencontré un exemple dans le contrat gréco-égyptien dont nous avons précédemment parlé à propos de la syngraphè [1], et par lequel une femme nommée Asclépias se reconnaît débitrice envers Harsiésis de vingt-deux artabes et demie de blé, dont Panas, père d'Asclépias était tenu envers Horus, père d'Harsiésis.

Les trois sortes de novations que nous venons d'indiquer et qui étaient possibles dans le droit attique, n'étaient point, sans doute, exclusives l'une de l'autre, et on ne voit pas ce qui aurait pu empêcher leur réunion et leur combinaison suivant les convenances, la situation et les intérêts des parties. Le principe de la liberté des conventions permettait toutes les combinaisons possibles. Dans tous les cas, d'ailleurs, le contrat de novation ne pouvait se former, comme tout autre contrat, sans une cause et un objet, c'est-à-dire que, pour que la novation puisse s'accomplir, à Athènes comme aujourd'hui, deux dettes étaient indispensables, une dette ancienne, qui s'éteint, et une dette nouvelle, qui lui est substituée. Mais la pauvreté des sources ne nous permet de poser aucune règle à cet égard non plus que de préciser les conditions propres à chacune des trois espèces de novations.

On rapproche ordinairement la délégation de la novation, car la délégation peut être une forme de novation s'opérant par l'intervention d'un nouveau débiteur. La délégation était également pratiquée à Athènes et elle devait même y être fréquente, par suite de l'habitude que les particuliers avaient de déposer leurs fonds chez les trapézites et de faire effectuer par ces derniers leurs encaissements et leurs payements. La délégation devait servir naturellement aux banquiers pour régler les comptes de leurs clients, et elle s'opérait par un virement sur les livres, une *transcriptio a*

(1) *Supra*, p. 74 et 79.

persona in personam, comme disaient les Romains, ἀντεγγράφειν, ἀντεπιγράφειν, suivant l'expression attique [1].

SECTION V

Mutuus dissensus.

Le *mutuus dissensus* est, à Athènes comme à Rome, un mode d'extinction des obligations. Il joue toutefois dans la première république un rôle beaucoup plus large que dans la seconde. Tandis, en effet, qu'en droit romain, du moins dans les principes primitifs, l'obligation ne pouvait s'éteindre que par l'emploi de formes identiques à celles qui avaient servi à la créer [2], dans le droit attique, où la création de toutes les obligations contractuelles pouvait s'opérer *solo consensu*, l'extinction des obligations pouvait également s'effectuer dans tous les cas *nudo dissensu*. C'est, du reste, dans les termes les plus absolus que Aristote [3] et Plutarque [4] posent le principe de l'extinction des contrats par une convention postérieure. Plutarque dit notamment : ἔν τε συνθήκαις καὶ ὁμολογίαις κυριώτερα τὰ ὕστερα νομίζεται καὶ βεβαιότερα τῶν πρώτων [5].

Nous trouvons dans les textes plusieurs cas d'application de ce principe. Ainsi, des adversaires, après avoir consenti un compromis et s'être mis d'accord pour recourir à l'arbitrage, peuvent renoncer à cette convention, λῦσαι τὴν ἐπιτροπήν, et revenir aux juridictions ordinaires [6]. De même

(1) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, I, p. XXXVIII. — Nous avons vu (t. I, p. 296) que le paiement de la dot peut s'opérer par voie de délégation.

(2) Cf. May, t. II, nos 368 et 373.

(3) Aristote, *Rhet.*, I, 15 : σκοπεῖν εἰ ἐναντία τιν ἐστιν... ἔτι δὲ εἰ ἄλλαις συνθήκαις ὑστέραις.

(4) Plutarque, *Quæst. conviv.*, IX, 13, 3.

(5) Cf. Dareste, *Plaid. civ.*, t. I, p. XXXVII.

(6) V. *supra*, p. 322, note 1. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 84-85, §§ 44, 45.

une vente peut être résiliée, à l'amiable. On voit, par exemple, dans le registre des ventes de Ténos, un nommé Artymachos acheter un immeuble de différentes personnes pour une somme de 300 drachmes et le revendre le même jour à ces mêmes personnes pour une somme équivalente. Les deux actes sont transcrits à la suite l'un de l'autre sur le registre. Or on doit voir dans le second une résiliation de la vente constatée par le premier [1]. L'inscription montre toutefois que, vis-à-vis des tiers, la résiliation ne produit son effet que moyennant l'accomplissement de la même formalité à laquelle la vente avait été soumise, à savoir de la transcription [2].

La résolution d'un contrat *mutuo dissensu* peut quelquefois s'opérer par la destruction, de l'accord des parties, du titre où se trouvait constatée la convention [3].

SECTION VI

Perte de la chose due.

La perte de la chose due peut, si elle provient d'un cas fortuit et s'il s'agit de la dette d'un corps certain, être une cause d'extinction de l'obligation. Nous avons précédemment exposé l'effet libératoire du cas fortuit [4]. En droit romain, la perte par cas fortuit ne libérait point cependant le débiteur lorsqu'elle survenait après que celui-ci était en demeure [5]. Cette même solution devait vraisemblablement être admise dans le droit attique, car elle est tout à fait rationnelle.

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 90 ; Guiraud, p. 274.

(2) Cf. par analogie ce que nous avons dit *supra*, t. III, p. 246, relativement à la rétrocession de la chose engagée ἐπὶ λύσει.

(3) Cf. Démosthène, *C. Dionys.*, § 15. — V. *supra*, p. 62.

(4) *Supra*, p. 408.

(5) L. 91, §§ 3, 4, D. *De verb. oblig.*, XLV, 1.

SECTION VII

Prescription.

S'il est fort douteux que la prescription ait été admise, dans le droit attique, comme mode d'acquisition de la propriété [1], il est certain qu'elle y a été reçue, et même dans une large mesure, comme mode d'extinction des obligations. On ne saurait dire, il est vrai, quelle est exactement l'expression par laquelle cette institution se trouvait désignée soit dans le langage usuel, soit dans la terminologie juridique. On rencontre bien quelquefois l'expression προθεσμία [2], mais elle paraît plutôt se référer au délai de la prescription qu'à la prescription elle-même [3]. Ce ne serait point, du reste, la première fois que nous aurions à constater dans la terminologie attique l'absence d'un mot technique pour indiquer même une institution très usuelle. Quoi qu'il en soit, à supposer que le mot correspondant aux expressions *praescriptio* ou prescription n'existe point à Athènes, on y rencontre un mode d'extinction des obligations par l'expiration d'un certain délai sans poursuites de la part du créancier [4].

L'utilité d'une pareille institution n'avait point échappé aux législateurs ni aux jurisconsultes d'Athènes. Ainsi Démosthène, en attribuant à Solon la loi de la prescription extinctive, dit que c'est une des meilleures de ce législateur. « Si, dit-il, toutes les lois méritent votre respect, celle-là est à coup sûr une des plus respectables. Solon, en

(1) V. *supra*, t. III, p. 143 et s.

(2) Démosthène, *C. Nausim.*, § 27 : τοῦ νόμου πέντε ἐτῶν τὴν προθεσμίαν δεδωκότος. Cf. Démosthène, *Pro Phorm.*, § 26 ; Harpocration, v° προθεσμία.

(3) Caillemer, *Prescription*, p. 4.

(4) Dans son plaidoyer contre Aristocratès (§ 80), Démosthène parle de la prescription en employant la périphrase suivante : ἢ καὶ παρεληλύθασιν οἱ χρόνοι ἐν οἷς ἔδει τούτων ἕκαστα ποιεῖν.

la portant, n'a pas eu, à mon sens, d'autre but que de vous délivrer des obsessions de la mauvaise foi. Il a pensé qu'un délai de cinq ans suffisait pour obtenir la réparation d'un tort, et le temps lui a paru la meilleure preuve à opposer aux imposteurs. Il a songé aussi que les parties contractantes et les témoins ne peuvent pas vivre toujours, et il a fait cette loi qu'il a mise à leur place pour servir de témoin du droit à ceux qui n'en ont pas d'autres » [1]. La prescription extinctive se justifie donc, dans le droit attique, par les mêmes considérations d'ordre public que dans le droit moderne, et l'on peut observer que l'importance de la preuve testimoniale à Athènes y rendait encore plus nécessaire une semblable institution.

En ce qui concerne d'abord le délai de la prescription, la règle paraît avoir été la prescription quinquennale. C'est par l'expiration du délai de cinq ans que se prescrit l'action en paiement d'une somme d'argent, δίκη ἀφορμῆς, et nous voyons, en effet, que c'est pour repousser une demande de cette nature que Phormion invoque contre Apollodore la loi de la prescription quinquennale, νόμος προθεσμίας [2]. Mais l'application de cette prescription était plus générale, et l'on doit dire que toutes les obligations contractuelles se prescrivaient par le même laps de temps de cinq années. Cela résulte, en effet, des termes mêmes dont se sert l'orateur D'abord, quand il dit au scribe : « Prends la loi sur la prescription, λαβὲ δή μοι καὶ τὸν τῆς προθεσμίας νόμον », ensuite, quand il dit après la lecture de la loi : « Cette loi a clairement défini le temps nécessaire pour prescrire », il semble bien supposer que la loi en question a une portée générale et ne s'applique pas seulement à l'obligation relativement à laquelle il plaide.

Lorsqu'en conséquence nous voyons des textes édicter,

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 27 (trad. Dareste).
(2) *Ibid.*

dans certains cas spéciaux, la règle de la prescription quinquennale, il faut y voir simplement l'application du principe général admis par le droit attique, du νόμος προθεσμίας [1] dont il a été fait lecture dans le plaidoyer pour Phormion. C'est ainsi que l'action du pupille à raison de la mauvaise administration du tuteur est prescrite par cinq ans à partir de la majorité du pupille, et cela qu'il s'agisse de la δίκη ἐπιτροπῆς formée contre le tuteur lui-même, ou de la δίκη βλάβης dirigée contre ses héritiers [2]. La règle de la prescription quinquennale est, du reste, applicable aux actions réelles comme aux actions personnelles. L'action en pétition d'hérédité se prescrit, en conséquence, par le même délai de cinq ans, ainsi que le décide expressément un texte d'Isée [3], qui, comme nous l'avons vu, a donné lieu à d'assez grandes difficultés en ce qui concerne le point de départ du délai de cinq ans [4].

Le délai de cinq années peut être augmenté ou diminué dans certains cas. Il est d'abord notablement augmenté lorsqu'il s'agit des actions en restitution de la dot, προικὸς δίκη et σίτου δίκη. Nous avons vu que, par un privilège spécial fait à la femme, ces actions ne se prescrivent que par vingt années. Mais nous avons admis, pour la δίκη ἀπογραφῆς et pour l'ἐνεπίσκημμα, que l'intérêt du fisc avait probablement dû faire abréger le délai à l'expiration duquel la prescription était acquise contre la femme [5]. Il est possible, d'autre part, que cette même faveur due aux intérêts du fisc ait fait sinon rendre imprescriptibles les créances du trésor contre ses

(1) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 838, note 203. — Un édit du roi Antigonos avait établi pour Téos et Lébédos la règle de la prescription annale. Cf. Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, n° 83, l. 38 et s. ; Dittenberger, *Syll.*, n° 126.

(2) Démosthène, *C. Nausim. et Xenop.*, § 17. — V. *supra*, t. II, p. 317.

(3) Isée, *De Pyrrhi her.*, § 58.

(4) V. *supra*, t. III, p. 627 et s.

(5) V. *supra*, t. I, p. 331.

débiteurs, du moins allonger notablement le délai de leur prescription. C'est ce que l'on a induit [1] d'un passage du premier plaidoyer de Démosthène contre Bœotos où l'orateur, voulant exposer les inconvénients que pourrait entraîner pour lui l'usurpation de nom qu'il reproche à son adversaire, s'exprime ainsi : « Supposez que mon adversaire se trouve condamné à l'amende... Dans ce cas pourquoi sera-ce lui plutôt que moi qui sera inscrit sur les registres? Tout le monde saura, direz-vous, qui des deux aura encouru l'amende. A la bonne heure. Mais si, ce qui peut bien arriver, *un certain temps s'écoule sans que l'amende soit payée*, pourquoi les enfants de cet homme seront-ils inscrits plutôt que les miens, quand le nom, le père, la tribu, tous les signes distinctifs seront les mêmes? [2]. » Cette argumentation, a-t-on dit, suppose que, même après un laps de temps assez considérable, la dette continuait à figurer sur les registres du trésor. Ce n'est point toutefois sans une certaine hésitation que nous admettrions une prolongation du délai de prescription en faveur du fisc, car le passage en question de Démosthène est loin d'être décisif. L'orateur dit simplement : χρόνος διέλθῃ καὶ μὴ ἐκτισθῇ ὄφλημα, ce qui ne signifie point, comme on l'a enseigné, « *un long temps* s'écoule sans que la dette soit payée [3] », mais bien « *un certain temps* s'écoule », ce qui peut se référer au délai ordinaire de la prescription aussi bien qu'à un délai prolongé. Nous reconnaissons cependant que les circonstances signalées ensuite par l'orateur feraient plutôt pencher en faveur de cette seconde interprétation.

Le délai normal de cinq ans est, d'un autre côté, susceptible de diminution. Il y en a un cas certain en matière de cautionnement.

Lorsqu'une personne s'oblige non pas dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt d'autrui, en qualité de caution,

(1) Caillemer, *Prescription*, p. 12.
(2) Démosthène, *C. Bœot.*, I, §§ 14-15 (trad. Dareste).
(3) Caillemer, *loc. cit.*

son engagement ne survit point à l'extinction de l'obligation principale par l'effet de la prescription, car le cautionnement ne peut s'appliquer qu'à une dette existante. Mais la durée de l'obligation accessoire est-elle nécessairement la même que celle de l'obligation principale, et le cautionnement ne peut-il point, par l'effet d'une prescription spéciale, s'éteindre avant la dette qu'il garantit? L'affirmative semble résulter d'une loi citée dans un plaidoyer de Démosthène en les termes suivants : τὸν νόμον ὃς κελεύει τὰς ἐγγύας ἐπετείους εἶναι [1]. Certains auteurs décident, en conséquence, que tandis que la dette principale ne sera prescrite qu'après l'expiration d'un délai de cinq années, une seule année suffira pour que la caution soit libérée de son engagement. C'est là, dit-on, une compensation aux charges assez lourdes qui pèsent sur les cautions et, d'autre part, les termes de la loi étant très généraux, on ne saurait, sans arbitraire, limiter cette prescription annale à certaines cautions sans l'appliquer à d'autres. Le délai d'une année pour la libération de la caution doit, du reste, se calculer non point à partir du jour de la naissance de l'obligation principale mais à partir du jour de son exigibilité, de sorte que le créancier a tout le temps de poursuivre la caution [2].

Cette manière de voir a rencontré des contradicteurs, et nous croyons aussi qu'il est difficile d'appliquer à tous les cautionnements sans distinction la règle posée par Démosthène. En effet, les termes dans lesquels nous ont été rapportés les engagements de certaines cautions ne nous paraissent guère conciliables avec la courte durée qu'on prétend

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, § 27. — L'orateur se prévaut de cette loi non pour ne pas payer ce qu'il devait comme caution, ayant réellement cautionné, mais pour établir qu'il n'a pas cautionné, « car, dit-il, mon adversaire eût exercé contre moi dans le temps prescrit par la loi l'action résultant du cautionnement, ἐδεδίκαστο γὰρ ἄν μοι τῆς ἐγγύης ἐν τῷ χρόνῳ ἐν τῷ νόμῳ γεγραμμένῳ. »

(2) Hermann, *Privatalterth*, 2ᵉ éd., § 67, n. 21, p. 319 ; Bœckh, t. I, p. 63 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 709 ; Platner, *Process*, t. 2, p. 367 ; de Vries, p. 35.

leur attribuer. Ainsi la caution qui intervient dans le bail emphytéotique des Kythériens garantit, d'une manière générale, « l'exécution dans les délais fixés, ἐνγυητῆς τοῦ ποήσειν τὰ γεγραμμένα ἐν τῷ χρόνῳ τῷ γεγραμμένῳ [1]. » On ne voit pas, dans le cas d'un bail à long terme et surtout d'un bail emphytéotique, quelle valeur aurait un cautionnement dont la durée serait limitée à une année. On prétend, il est vrai, que l'année doit être comptée seulement à partir du jour de l'exigibilité de la somme garantie. Mais il serait difficile de trouver le point de départ de cette année en cas d'emphytéose. Deux autres inscriptions attiques, également relatives à des contrats de location, laissent supposer de même que l'engagement de la caution dure aussi longtemps que celui du locataire, car elles mettent les uns à côté des autres, et sans faire soupçonner la moindre différence entre eux au point de vue de la durée de leurs obligations, τοὺς μισθωσάμενους καὶ τοὺς ἐγγυητάς [2]. D'autres documents étrangers à l'Attique sont, en outre, incompatibles avec l'idée d'une prescription annale en faveur des cautions. Ainsi les cautions d'Ephèse sont manifestement tenues au-delà d'une année, autrement les dispositions que la loi [3] édicte en leur faveur n'auraient pas de sens [4]. Il en est de même des cautions qui interviennent dans le contrat d'entreprise de Lébadée [5]. Pareillement encore, à Héraclée, les cautions des baux emphytéotiques sont tenues pour cinq ans [6], et à Mylasa pour dix ans [7]. Il ne paraît donc pas admissible que la prescription annale dont parle Démosthène ait été applicable au cautionnement des baux [8].

(1) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 242, XIII *ter*, l. 20-22.
(2) *Corp. inscr. att.*, II, 565, l. 3 et 1056.
(3) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 34, l. 42 et s.
(4) Cf. Hermann-Thalheim, p. 105, note 7.
(5) Dittenberger, *Sylloge*, 353, l. 25 et s. — Cf. Hermann-Thalheim, *loc. cit.*
(6) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 202, l. 104-105 et p. 233.
(7) Le Bas-Waddington, III, 1, 404, l. 13.
(8) Thalheim, sur Hermann, p. 105, note, 7 ; Lipsius, sur Meier et Schœmann,

Aussi a-t-on proposé de limiter cette prescription à certaines hypothèses, mais les explications varient suivant les auteurs. D'après Saumaise [1] la loi citée par Démosthène ne se référerait qu'à la caution *judicatum solvi*. Cette explication peut trouver un point d'appui dans les faits mêmes à l'occasion desquels a été prononcé le plaidoyer de Démosthène. Apatourios, le défendeur, soutenait que, dans un compromis entre lui et Parménon, son adversaire, le demandeur avait contracté l'engagement de payer, comme caution, les sommes auxquelles Parménon pourrait être condamné par l'arbitre. On peut objecter toutefois que cette cause spéciale du cautionnement n'est point, *a priori*, une raison suffisante pour que la caution soit ici tenue moins rigoureusement qu'en toute autre hypothèse [2]. Wachsmuth [3] limite l'application de la loi en question aux cautions qui ont garanti un prêt à la grosse. Mais il n'est nullement question dans le plaidoyer de Démosthène de contrat de ce genre [4]. Caillemer a enfin proposé de restreindre la prescription annale aux affaires commerciales, ἐμπορικαὶ δίκαι, et peut-être aussi aux matières criminelles, mais, dans les autres cas, les cautions ne seraient autorisés à invoquer que la prescription de droit commun [5]. Cette solution pourrait, en ce qui concerne les affaires commerciales, se fonder sur la nature commerciale de l'action intentée par le client de

p. 709, note 648 ; Caillemer, *Prescription*, p. 20 et *in* Daremberg et Saglio, v° *Eggyè*, p. 492.

(1) Saumaise, *De modo usurarum*, p. 690 : « Merito cum actiones et judicia inter mercatores essent menstrua certumque tempus anni iis disceptandis daretur, post annum is, qui judicatum solvi pro mercatore promiserat, nihil præstabat. In fidejussionibus pro pecunia credita, ut idem obtineret, nihil causæ fuit. Quæ ratio igitur, ut citius fidejussor pro pecunia credita datus liberaretur quam principalis creditor ? »

(2) Cf. Platner, *loc. cit.*

(3) Wachsmuth, II, p. 188.

(4) Cf. Caillemer, *Prescription*, p. 21.

(5) Caillemer, *Prescription*, p. 21 et *in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.* ; Lécrivain, *Cautionnement*, p. 225.

Démosthène, du moins si l'on en croit les allégations du plaideur [1]. Les affaires commerciales jouissent, d'autre part, d'un traitement privilégié, et il n'y aurait rien de singulier à ce que le législateur eût réduit la durée de l'obligation des cautions en cette matière. Néanmoins ce n'est là, à notre avis, qu'une simple conjecture [2].

Nous estimons, en définitive, que sauf les cautionnements auxquels fait allusion Démosthène, et dont il nous paraît impossible de déterminer exactement la nature, les obligations des cautions sont, en principe, prescriptibles de la même manière que les obligations principales qu'elles garantissent. Nulle part, en effet, dans les divers actes qui nous sont parvenus et où figurent des cautions, soit en matière de vente, comme dans le registre de Ténos, soit en matière d'affranchissement, comme dans les actes de Delphes, on ne trouve de disposition laissant supposer que l'engagement des garants ait une moins longue durée que celle des débiteurs principaux. Des dérogations à cette règle seraient toutefois possibles, mais en vertu de clauses spéciales du contrat de cautionnement.

On a voulu trouver un autre cas de prescription abrégée pour l'action en revendication d'une épiclère. Mais, comme nous l'avons précédemment observé, quelque désirable que puisse paraître ici une réduction du délai de la prescription ordinaire, rien n'établit jusqu'à présent que le droit attique en ait senti le besoin et l'ait admise [3].

Peut-être, d'autre part, la revendication des meubles était-elle soumise à une prescription plus courte que celle des

(1) Démosthène, *C. Apatur.*, §§ 1, 5.

(2) Suivant Caillemer (*in* Daremberg et Saglio, *loc. cit.*), la prescription annale, dans la sphère étroite que lui assigne cet auteur, n'aurait pas été vue avec faveur, et dans le plaidoyer de Démosthene contre Apatourios l'orateur s'excuserait presque de l'invoquer.

(3) V. *supra*, t. I, p. 448 et s.

immeubles. Mais, comme nous l'avons observé, ce n'est là qu'une simple conjecture [1].

Il serait enfin possible de trouver d'autres cas de prescription abrégée, lorsque le fait générateur de l'obligation est un délit réprimé par la loi pénale. Quelquefois, en effet, la loi attique limitait à un assez court délai le temps pendant lequel l'auteur du délit pouvait être soumis à l'action publique : c'est ce qui avait lieu notamment pour les délits commis par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions [2]. Peut-être la prescription de l'action publique entraînait-elle par voie de conséquence, et pour des motifs d'intérêt général, la prescription de l'action civile en réparation du préjudice causé par le fait délictueux. Nous ne possédons toutefois aucun renseignement à ce sujet.

La loi attique ne paraît avoir autorisé, en faveur des incapables, aucune suspension de la prescription analogue à celle qu'ont admise la plupart des législations modernes [3]. Le pupille lésé par suite de l'inaction de son tuteur n'avait donc qu'une action en dommages-intérêts contre ce dernier, action qui naturellement ne s'ouvrait qu'au jour de la majorité du pupille et ne commençait à se prescrire qu'à partir du même moment. On pourrait se demander, d'autre part, si, conformément à la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, la prescription n'est point suspendue dans le cas où l'exercice de l'action a été empêché par le dol de l'adversaire. La solution affirmative paraît, sans doute, fort équitable. Cependant on ne peut la fonder sur aucun texte. Le passage précité de Démosthène, où sont indiqués les motifs de la prescription [4], serait même plutôt contraire à la suspension de la prescription, car l'orateur y

(1) *Supra*, t. III, p. 149.

(2) Pollux, VIII, 45 : ἡ δ' εὔθυνα χρόνον εἶχεν ὡρισμένον μεθ' ὃν οὐκέτ' ἐξῆν ἐγκαλεῖν. Cf. Caillemer, *Prescription*, p. 30.

(3) Cf. art. 2252, c. civ.

(4) V. *supra*, p. 521-522.

dit, d'une part, que le délai de cinq ans est suffisant pour que la partie lésée (ἀδικούμενος) puisse exercer son action, et, d'autre part, qu'il suffit également pour se soustraire aux réclamations des imposteurs (ψευδόμενος) [1].

Dans notre législation actuelle, la prescription n'opère pas de plein droit et de telle sorte que les magistrats puissent la suppléer d'office ; elle doit, au contraire, être invoquée par les parties intéressées [2]. Quelle était, sur ce point, la solution admise par le droit attique ? A s'en tenir aux termes de la loi à laquelle se réfère Démosthène dans un de ses plaidoyers, ἐὰν πέντε ἔτη παρέλθῃ καὶ μὴ δικάσωνται, μηκέτ' εἶναι δίκην [3], on pourrait croire que les dispositions de la loi relative à la prescription sont impératives et s'imposent aux magistrats, de sorte que ceux-ci pouvaient refuser d'office l'action après l'expiration du délai de cinq années. La solution contraire nous paraît cependant plus vraisemblable. L'emploi d'un moyen comme celui qui est tiré de la prescription, peut, en effet, répugner à la conscience d'un plaideur scrupuleux et jeter une certaine défaveur sur celui qui l'invoque. On comprend donc que le législateur athénien ait abandonné aux parties intéressées le droit de se prévaloir de la prescription. Aussi voit-on dans nombre de cas les parties plaider sur le fond même du droit, bien que la prescription leur soit acquise, et cela sans que les tribunaux déclarent *a priori* l'action non recevable. Tel est notamment le cas de l'orateur du plaidoyer contre Apatourios [3], qui, poursuivi à titre de caution, pourrait se prévaloir de la prescription annale, et qui cependant a soin de faire observer que, s'il invoque la loi qui fixe à un an la durée des cautionnements, ce n'est pas pour ne point payer ce qu'il doit, mais unique-

(1) Cf. en ce sens : Hermann-Thalheim, p. 122, note 4.
(2) Art. 2223 c. civ.
(3) Démosthène, *C. Apatur.*, § 27.

ment pour trouver dans cette loi la preuve de la fausseté des allégations d'Apatourios [1].

Le moyen tiré de la prescription rentre dans la catégorie de ceux qui, dans la procédure attique, sont qualifiés de παραγραφή [2]. Pollux le dit formellement : παραγραφή, ὅταν τις μὴ εἰσαγώγιμον λέγῃ εἶναι τὴν δίκην... ἢ ὡς ἀφειμένος ἢ ὡς τῶν χρόνων ἐξηκόντων, ἐν οἷς ἔδει κρίνεσθαι [3]. Il y a lieu d'ailleurs de supposer que ce moyen, étant tiré du fond du droit, peut être opposé non seulement *in limine litis* mais en tout état de cause [4].

SECTION VIII

Abolition des dettes (χρεῶν ἀποκοπή)

Les obligations peuvent s'éteindre d'une manière générale par l'effet de certaines mesures révolutionnaires dont on rencontre plusieurs exemples dans le droit grec et que l'on désigne sous le nom de χρεῶν ἀποκοπή, abolition des dettes. C'est en une mesure de ce genre que, d'après une théorie fort accréditée, mais que nous avons combattue, consista la célèbre seisachthie édictée par Solon pour mettre un terme aux souffrances du peuple [5]. Quoi qu'il en soit concernant la portée réelle de la réforme solonienne, les Athéniens, soit sous l'influence des souvenirs de leur propre histoire, soit en voyant ce qui avait pu se passer dans d'autres cités, paraissent avoir pris des précautions pour éviter le retour d'une pareille mesure ou pour la prévenir, suivant l'opinion qu'on adopte sur la signification de la seisachthie.

(1) Cf. en ce sens : Caillemer, *loc. cit*, p. 22 ; Hermann-Thalheim, p. 122, note 3.

(2) V. sur la παραγραφή, Meier, Schœmann et Lipsius, p. 849 et s.

(3) Pollux, VIII, 57.

(4) Caillemer, *loc. cit.*, p. 23.

(5) V. *supra*, t. II, p. 530 et s.

On voit, en effet, dans un document d'ailleurs fort suspect, c'est-à-dire dans la prétendue formule du serment que les héliastes devaient prêter à leur entrée en fonctions, qu'ils promettent non seulement de défendre la constitution démocratique de la cité, mais encore de ne jamais voter le partage des biens et l'abolition des dettes privées (τῶν χρεῶν τῶν ἰδίων ἀποκοπάς) [1]. Ainsi qu'on l'a observé, cette promesse n'est certainement pas à sa place dans un serment judiciaire, mais le rhéteur qui a composé la formule l'a vraisemblablement tirée de quelque autre serment d'ordre politique [2]. Il est permis d'autant plus de le supposer que la répugnance des Athéniens pour les abolitions de dettes se manifeste dans d'autres textes [3], et qu'ils prohibèrent même formellement une pareille mesure dans plusieurs conventions diplomatiques [4].

Dion Chrysostome [5] semble croire que l'on ne rencontrerait pas en dehors d'Athènes, dans les républiques grecques, d'autres exemples d'un recours à la même mesure révolutionnaire. Mais nous savons aujourd'hui d'une manière certaine qu'il n'en est rien. Abstraction faite de la χρεωκοπία à laquelle fait allusion Diodore de Sicile et qui aurait été édictée chez les Etoliens [6], nous possédons des renseignements très circonstanciés sur une abolition de dettes édictée à Ephèse par deux décrets de 87 et de 84 avant J.-C. dans le but soit d'intéresser toutes les classes de citoyens à la défense commune contre Mithridate, soit de liquider une situation économique déplorable née de la guerre. Le premier de ces décrets contient une abolition générale des dettes

(1) Démosthène, *C. Timocr.*, § 149.
(2) Cf. Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1220.
(3) Andocide, *De Myster.*, § 88.
(4) Démosthène, *De fœdere alexand.*, § 15.
(5) Dion Chrysostome, XXXI, p. 604, R.
(6) Diodore de Sicile, *Exc.*, XXIX, 33 : τῆς παρὰ τοῖς Αἰτωλοῖς χρεωκοπίας κατὰ τὴν Θεσσαλίαν ζηλωθείσης καὶ πάσης πόλεως εἰς στάσεις καὶ ταραχὰς ἐμπιπτούσης.

chirographaires, abolition qui est déguisée sous la forme d'un abandon volontaire consenti par les créanciers moyennant « le maintien des possessions actuelles ». Le second s'occupe des débiteurs hypothécaires dont la situation était particulièrement digne d'intérêt et, pour éviter leur expropriation en masse, qui eût été à la fois une iniquité et un danger social, limite en leur faveur les droits des créanciers en conciliant autant que possible les droits légitimes des créanciers avec les aspirations des débiteurs [1].

Le premier des décrets d'Ephèse, pour les dettes hypothécaires qu'il ne comprend pas dans son abolition, suspend le cours des intérêts « à partir de l'année courante jusqu'au jour où les affaires publiques se trouveront en meilleur état [2]. » On rencontre à Mégare une mesure révolutionnaire ne concernant également que les intérêts. Un décret y ordonna que les intérêts régulièrement perçus par les créanciers seraient restitués aux débiteurs, restitution qui fut nommée παλιντοκία [3].

Isocrate cite comme un fait à l'honneur des Spartiates qu'il n'y eut jamais chez eux d'abolitions de dettes [4]. Cependant on peut bien considérer comme une mesure du même genre ce que raconte Plutarque de la destruction par le feu, au temps d'Agis, des livres sur lesquels les prêteurs enregistraient les noms de leurs débiteurs [5].

(1) V. sur ces décrets d'Ephèse : Dareste, *in Nouvelle Revue historique du droit*, 1877, p. 161 et s. ; Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 22 et s. ; Hermann-Thalheim, p. 152 et s ; Le Bas-Waddington, *Asie-Mineure*, n° 136 a ; Wood, *Discoveries at Ephesus*, VIII, n° 1.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 24, l. 39-41.

(3) Plutarque, *Quæst. græc.*, 18, p. 364.

(4) Isocrate, *Panathen.*, § 259. — Cf. Platon, *Leges*, III, 684, d, V, 736, c ; *Civitas*, VIII, 566, a.

(5) Plutarque, *Agis*, 13.

SECTION IX

Cession de biens.

La législation attique, de même que la loi romaine, admet le débiteur insolvable, qui se trouve hors d'état de satisfaire ses créanciers, à faire à ceux-ci l'abandon de tous ses biens. L'existence de cette institution à Athènes est incontestable. Démosthène en parle à plusieurs reprises, dans divers plaidoyers. Il cite notamment, dans l'un d'eux, le cas de plusieurs banquiers qu'il nomme et qui, « lorsqu'il leur a fallu payer ce qu'ils devaient, ont dû abandonner tous leurs biens [1] ». Ailleurs il parle d'un simple emprunteur comme Apatourios qui, « à bout de ressources, s'était dessaisi de tout ce qu'il possédait et avait vendu son navire [2] ». Aristophane mentionne également cette cession de biens dans les *Acharniens*, où il imagine deux débiteurs qui doivent à un érane et à leurs créanciers [3]. Pollux enfin la signale dans un chapitre ou il réunit d'ailleurs pêle-mêle plusieurs expressions qui, quoique paraissant équivalentes, désignent en réalité des actes très différents [4]. L'expression consacrée paraît être celle de ἐξίστασθαι τῶν ὄντων. Des exemples que nous venons de citer, on peut conclure que la cession de biens par un débiteur insolvable était assez fréquente. Cet abandon était vraisemblablement volontaire ou forcé. Dans le cas d'Apatourios, il semble que la cession ou la vente soient forcées.

(1) Démosthène, *Pro Phorm.*, § 50 : ἔπει διαλύειν ἐδέησεν οἷς ὤφειλον ἐξέστησάν ἁπάντων τῶν ὄντων.

(2) Démosthène, *C. Apat.*, § 25 : δι' ἀπορίαν ἐξειστήκει τῶν ἑαυτοῦ καὶ τὴν ναῦν ἐπεπράκει. Cf. *C. Pantæn.*, § 49 : τοὺς δανειζομένους ἴδοι τις ἂν ἐξισταμένους τῶν ὄντων. *C. Steph.*, I, § 64 : ἐπειδὴ τῶν ὄντων ἐξέστη.

(3) Aristophane, *Acharn.*, 615 : οἷς ὑπ' ἐρανοῦ τε καὶ χρεῶν πρώην ποτὲ — ἁπάντες ἐξίστω παρῄνουν οἱ φίλοι. Cf. Schol. d'Aristophane, *ibid.* : ἐξίστασθαι τῆς οὐσίας, ὡς μὴ δυναμένους ἀποδοῦναι.

(4) Pollux, VIII, 145 : δημεῦσαι οὐσίαν.... ἀποστῆναι τῆς οὐσίας, ἐκστῆναι, παραχωρῆσαι τῶν χρημάτων, τῶν ὄντων, τῶν ὑπαρχόντων, τοῦ κλήρου κτλ.

Nous ne possédons malheureusement aucun renseignement ni sur les conditions, ni sur les effets ou la procédure de la cession de biens, et nous en sommes réduits aux conjectures. Nous voyons seulement par les plaidoyers de Démosthène que la cession était possible non seulement par des débiteurs ordinaires, mais encore par des commerçants ou par des banquiers [1]. Nous voyons aussi dans ces mêmes textes que la cession suppose l'abandon de tous ses biens par le débiteur, ἁπάντων τῶν ὄντων.

La cession de biens aboutit naturellement à la vente des biens abandonnés. Cette vente avait-elle lieu en détail ou en bloc? Le second procédé paraît plus vraisemblable [2]. Les créanciers devaient alors se distribuer le prix des biens vendus, les créanciers hypothécaires ou gagistes passant naturellement avant les créanciers simplement chirographaires. Entre ces derniers, la répartition devait avoir lieu au marc le franc [3]. Les créances chirographaires étaient, du reste, ordinairement insignifiantes par rapport aux autres, car toute opération de crédit ne se faisait guère à Athènes que moyennant la dation d'une sûreté réelle ou tout au moins d'un cautionnement.

La procédure de la cession de biens était-elle judiciaire ou extrajudicaire? On ne peut le dire. Peut-être un magistrat y intervenait-il [4]. L'abandon avait sans doute lieu devant témoins, ou l'on rédigeait un écrit pour constater la quantité des biens [5]. Quant aux formalités légales à remplir par les parties nous les ignorons absolument.

En droit romain, la *bonorum cessio* ne libérait le débiteur

(1) La banqueroute des commerçants était-elle punie par la loi? V. *supra*, p. 87.

(2) Meier, Schœmann et Lipsius, p.698.

(3) Meier, Schœmann et Lipsius, p. 698; Caillemer, *Contrat de prêt*, p. 38.

(4) Cf. Meier, Schœmann et Lipsius, p. 52, note 32 et p. 698; Platner, *Process*, t. 2, p. 362.

(5) Cf. Haussoulier, *in* Daremberg et Saglio, v° *Existasthai ton onton*.

que jusqu'à concurrence du prix obtenu par la vente des biens, et si le débiteur pouvait actuellement repousser toute action de ses créanciers au moyen de l'exception *nisi bonis cesserit*, par contre, il pouvait être de nouveau soumis à leurs poursuites, sauf la faculté pour lui d'invoquer le bénéfice de compétence. Le principal avantage de la *bonorum cessio* était d'éviter au débiteur l'emprisonnement ainsi que l'infamie résultant de la *bonorum venditio* [1]. La cession de biens du droit attique avait probablement les mêmes effets. Il est difficile d'admettre, en effet, qu'elle pût entraîner la libération définitive du débiteur [2]. Peut-être aussi, dans les cas exceptionnels où la contrainte par corps avait été maintenue [3], la cession des biens avait-elle pour effet d'y soustraire le débiteur.

(1) Cf. Accarias, t. 2, nos 781 et 788.
(2) Cf. Platner, *Process*, t. 2, p. 363.
(3) V. *supra*, p. 452.

CHAPITRE II

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS.

Dans les principes purs du droit romain primitif, le caractère essentiellement personnel de l'obligation faisait obstacle à tout changement de personne dans le lien de droit. Le créancier et le débiteur restaient en quelque sorte attachés l'un à l'autre jusqu'au jour où survenait une cause d'extinction dénouant le *vinculum juris* qui les unissait. Le créancier ne pouvait, en conséquence, céder sa créance, car la substitution d'un nouveau créancier à l'un des sujets originaires de l'obligation aurait détruit dans son essence même la relation personnelle constituant le lien obligatoire. Toutefois les progrès du commerce juridique amenèrent les Romains à se départir de leur rigueur primitive concernant l'incessibilité des créances et à réaliser la cession de celles-ci par un moyen détourné, et offrant du reste d'assez grands inconvénients, c'est-à-dire par la *procuratio in rem suam*.

Le droit attique s'est-il placé au même point de vue que le droit romain? On peut douter, *a priori*, que l'incessibilité des créances ait été admise à Athènes, du moins à l'époque classique. La législation athénienne sur les obligations présente, en effet, relativement à celle de Rome, un caractère de simplicité remarquable, et elle se rapproche, à bien des points de vue, des principes admis par nos lois modernes. Il est donc peu vraisemblable qu'elle ait proclamé une incessibilité dont la principale raison tenait, dans le droit romain, à un formalisme et à une rigueur étrangers à la loi athénienne.

On pourrait cependant soulever contre la possibilité de la cession des créances certaines objections qu'a bien indiquées Goldschmidt [1], le seul auteur qui, à notre connaissance, ait approfondi la question. On pourrait d'abord dire que, dans tous les procès qui nous sont parvenus, c'est le créancier lui-même qui défend sa cause devant le tribunal, comme si la loi consacrait la règle nul ne plaide par procureur, et que l'on ne trouve aucune trace dans le droit attique du *cognitor* ou *procurator in rem suam* qui, à Rome, en qualité de cessionnaire, exerçait l'action au nom du créancier cédant. Un passage de Quintilien vient confirmer cette interprétation. Il y est dit, à propos de Socrate : « Nam et inhonestam sibi credidit orationem, quam ei Lysias reo composuerat; et tum maxime scribere litigatoribus, quæ illi pro se ipsi dicerent, erat moris, atque ita *juri, quo non licebat pro altero agere*, fraus adhibebatur [2]. » Les mandats de paiement à des banquiers, auxquels se réfèrent assez souvent les orateurs [3], ne prouvent point la possibilité d'une cession, car le paiement peut avoir lieu indépendamment de toute cession sur les fonds déposés par le mandant à la banque. De plus, la mention que fait immédiatement le banquier sur ses livres de la personne qui, le cas échéant, doit recevoir le paiement à la place du déposant lui-même [4], témoigne sinon contre la possibilité, du moins contre la pratique des cessions de créance, et encore bien plus contre l'usage des clauses à ordre ou au porteur.

Ces considérations ne nous paraissent point suffisantes pour faire écarter la possibilité d'une cession de créance dans le droit attique. Tout ce qui en résulte, à notre avis, c'est que les cessions de créances étaient peu fréquentes dans la pratique, du moins d'après les renseignements que

(1) Goldschmidt, *Inhaber*, etc., p. 371.

(2) Quintilien, *Instit. orat.*, II, 15, 30.

(3) V. *supra*, p. 507.

(4) Démosthène, *C. Callip.*, § 14. — V. *supra*, *ibid.*

nous possédons aujourd'hui. Cette pauvreté relative des sources s'explique, du reste, très facilement. En effet, les plaidoyers qui nous sont parvenus s'occupent peu, en général, du droit des obligations [1]. Quant aux monuments épigraphiques, ils ne devaient guère, le plus souvent, concerner des faits juridiques d'un caractère aussi privé que les cessions de créances. Mais nous trouvons dans les plaidoyers mêmes des orateurs des textes établissant que l'obligation n'avait point, à Athènes, un caractère tellement personnel qu'elle ne pût être cédée. C'est d'abord le plaidoyer contre Apatourios [2], où nous avons vu précédemment un cas de novation par changement de créancier [3]. Or le transport de la créance, qui s'opérait ainsi par voie de novation, aurait aussi bien pu s'effectuer par voie d'une cession proprement dite. Nous voyons, d'autre part, dans le plaidoyer pour Phormion, que le banquier Pasion avait placé à intérêts et en son propre nom une somme de onze talents provenant des dépôts faits à la banque. Au moment où Phormion prit à ferme la maison de banque et se chargea des sommes déposées, il vit, dit Démosthènne, que n'ayant pas encore droit de cité à Athènes, il se trouverait hors d'état de recouvrer les sommes prêtées par Pasion avec hypothèques sur des immeubles. Il préfèra, en conséquence, avoir Pasion pour unique débiteur de ces sommes au lieu des autres débiteurs auxquels ces sommes avaient été remises par Pasion, et c'est pour ce motif que, dans l'acte de bail, Pasion fut débité de onze talents [4]. Or, ce qui résulte de ces faits, c'est que si Phormion n'avait pas été privé du droit de cité et, en sa qualité de métèque, n'avait point été exclu du droit d'acquérir les immeubles hypothéqués [5], rien

(1) V. *supra*, p. 12.
(2) Démosthène, *C. Apat.*, §§ 7, 8.
(3) V. *supra*, p. 517.
(4) Démosthène, *Pro Phorm.*, §§, 5, 6.
(5) V. *supra*, t. II, p. 485.

ne se serait opposé à ce que la cession de la banque produisît son entier effet et à ce que Phormion pût recouvrer sur les débiteurs cédés les sommes qu'ils avaient empruntées à Pasion. On doit donc en conclure qu'à l'époque de Démosthène la cession des créances, ou tout au moins l'exercice judiciaire par celui que nous nommons le cessionnaire de l'action du cédant, était parfaitement possible [1].

En dehors d'Athènes, nous possédons des documents fort intéressants, d'où il résulte d'une manière très nette, selon nous, que les créances, ou du moins l'effet utile des créances, c'est-à-dire la faculté d'exiger le paiement du débiteur, pouvait être cédé à un tiers : ce sont les contrats de prêt d'Orchomène et d'Amorgos. Dans le σύγγραφος qui constate le renouvellement de la créance de Nicaréta contre la ville d'Orchomène, il est dit, à la fin de l'acte, que « le présent contrat vaudra titre même entre les mains de toute autre personne se présentant au nom de Nicaréta, ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας [2]. Dans les contrats d'Amorgos, nous trouvons plusieurs clauses semblables. Ainsi, d'abord, dans le contrat de Praxiclès, il est dit que le remboursement du capital doit se faire au créancier ou suivant son ordre, ἢ ὧι ἂγ κελεύηι Πραξικλῆς [3]. Les Arkésinéens s'interdisent, d'autre part, d'infliger aucune amende ni de créer aucun embarras à toutes personnes poursuivant le recouvrement des fonds d'ordre de Praxiclès, καὶ ἐάν τινες ἄλλοι πράττωσι τὰ χρήματα κελεύοντος Πραξικλέους [4]. Des clauses semblables se rencontrent dans le contrat d'Alexandros et il y est dit, comme dans le contrat d'Orchomène, que « le présent contrat vaudra titre partout où le rapporteront soit le prêteur, soit ceux qui feront le recouvrement pour lui,

(1) Cf. en ce sens : Cruchon, *De argentariis*, p. 25 ; Guillard, p. 10 ; Goldschmidt, *loc. cit.*, p. 378, 379 ; Hermann-Thalheim, p. 107.

(2) Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 282, l. 112.

(3) *Ibid.*, p. 314, l. 19-20.

(4) *Ibid.*, p. 314, l. 32-33.

εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὗ ἂν ἐπιφέρηι ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ [1]. »

Il résulte de ces documents que le paiement peut être poursuivi soit par le porteur même de la syngraphè, soit sur l'ordre du créancier, ordre vraisemblablement mentionné sur le titre. Nous avons ainsi, en définitive, des créances au porteur ou à ordre. On ne saurait objecter qu'il s'agit ici simplement d'un *adjectus solutionis gratia*, d'un mandataire à l'effet de poursuivre et de recevoir le paiement, car rien n'indique que le cessionnaire du titre n'ait été qu'un simple mandataire et qu'il n'ait pu être, au contraire, *procurator in rem suam*, c'est-à-dire cessionnaire de la créance ou de son effet utile. Les contrats d'Orchomène et d'Amorgos sont, sans doute, d'une époque relativement récente [3]. Néanmoins nous croyons qu'ils n'ont fait qu'appliquer des principes bien antérieurement reçus dans le droit grec concernant la cessibilité des créances.

Abstraction faite de la transmission des créances à titre particulier, par voie de cession, les obligations sont, comme nous l'avons vu, transmissibles à titre universel, par voie de succession, l'héritier devenant activement et passivement le continuateur de la personne du défunt [4]. Ainsi d'abord l'héritier, succédant à toutes les créances du défunt, peut exercer contre les débiteurs de la succession les mêmes

(1) *Ibid.*, p. 320, l. 49-50. — Le verbe ἐπιφέρειν, qui est le terme technique et qui signifie présenter (*exhibere*), se rencontre également dans des papyrus égyptiens. Cf. *Papyrus du Louvre*, n° 15, l. 59-60.

(2) Nous avons précédemment critiqué l'opinion de Dareste (Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 330) d'après laquelle le porteur de l'acte serait, en cas de contestation, tenu de prouver sa qualité de mandataire autrement qu'en produisant son titre. V. *supra*, p. 72, note 4. — Dareste, Haussoulier et Reinach (p. 332) entendent la clause à ordre avec cette réserve que l'envoyé du prêteur doit justifier de son mandat en cas de contestation.

(3) Le contrat d'Orchomène se place entre 223 et 170 av. J.-C., les contrats d'Amorgos au commencement du II° siècle av. J.-C. Cf. Dareste, Haussoulier et Reinach, p. 274 et 312.

(4) V. *supra*, t. III, p. 631 et 634.

actions qui appartenaient au défunt, sauf dans le cas où il s'agit d'un droit intransmissible soit d'après sa nature, soit d'après la volonté présumée des parties [1].

A l'inverse, l'héritier est tenu de toutes les obligations qui pesaient sur son auteur, et les créanciers de ce dernier peuvent s'adresser à l'héritier pour lui demander le remboursement de ce qui lui est dû. Comme le dit encore Démosthène, « on ne pourrait citer de loi qui permette à une personne de posséder les biens de son frère et de les aliéner comme bon lui semble et de pas acquitter les obligations contractées par ce frère » [2]. Le paiement des dettes est, du reste, tellement connexe à la qualité d'héritier, que quelquefois celui qui revendique une hérédité, pour établir un préjugé en sa faveur dans l'esprit des juges, a bien soin de relever cette circonstance qu'il a payé les créanciers du défunt [3].

Peu importe l'origine de la dette dont était tenu le défunt : qu'elle dérive d'un contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, l'héritier doit l'acquitter dans tous les cas. Ce principe doit toutefois se combiner avec la règle de justice admise par le droit pénal attique que les fautes sont personnelles et qu'un fils ne peut pas être poursuivi pour les infractions commises par son père [4]. C'est ainsi que l'on ne peut certainement recourir à l'ἀπαγωγή contre l'hériter d'un voleur ni prononcer contre lui l'amende du décuple qui est édictée pour certains vols [5]. On a fait également application de ce principe aux actions privées qui peuvent quelquefois avoir un certain caractère de pénalité, notamment à la δίκη βλάβης,

(1) V. t. III, p. 632.

(2) Démosthène, *C. Lacrit.*, § 4.

(3) Isée, *De Aristar. her.*, § 15. Cf. comme renfermant des applications du principe de la transmission héréditaire des dettes : Lysias, *De pec. publ.*, § 3 ; Démosthène, *C. Timocr.*, § 43 ; *Pro Phorm.*, § 36.

(4) Cf. Isocrate, *De bigis*, § 44 : οὐ γὰρ δήπου παρ' ἐμοῦ μὲν ὑπὲρ ὧν ὁ πατὴρ ἔπραξε δίκην λήψονται, σοὶ δὲ καὶ ὧν αὐτος ἡμάρτηκας, συγγνώμην ἕξουσιν.

(5) Platner, *Process*, II, p. 333 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 599.

ou action en réparation d'un dommage causé et l'on est arrivé à certaines conséquences que nous avons précédemment indiquées et critiquées en exposant la théorie de la δίκη βλάβης [1].

Les dettes du défunt sont, avons-nous dit, transmissibles héréditairement quelle qu'en soit l'origine. Peu importe qu'il s'agisse d'une dette envers l'État : les dettes de ce genre pèsent même plus lourdement sur les héritiers, ainsi que nous l'avons vu [2]. Dans les comptes-rendus faits par les inspecteurs des arsenaux (ἐπιμεληταὶ τῶν νεωρίων), il est souvent question de sommes payées par les héritiers des triérarques morts débiteurs du trésor public [3]. Ces héritiers jouissent toutefois de la situation privilégiée qui était faite au débiteur lui-même [4]. Les dettes envers les temples sont également transmissibles aux héritiers [5]. Isée nous dit de même que Ménexène, qui avait promis à sa ville natale des *ex voto* d'une valeur de trois talents, étant mort sans avoir accompli son vœu, le devoir de l'héritier était de dégager rapidement la parole de son auteur [6]. L'héritier doit donc acquitter, ainsi que cela résulte de l'exemple précédent, les obligations de son auteur qui ont leur source dans une libéralité qu'il a faite. Il est pareillement tenu de payer les legs faits par le défunt [7].

La loi de Gortyne, qui consacre de même le principe de la transmission active et passive des obligations aux héritiers, envisage toutefois la transmission des dettes comme un véritable renouvellement qui doit se faire en justice. Dans une de ses dispositions, qui rappelle l'ancienne maxime

(1) V. *supra*. p. 399 et s.
(2) V. *supra*, t. III, p. 634-635.
(3) Cf. Bœckh, *Urkunden über das Seewesen des attischen Staates*, p. 480.
(4) Cf. Bœckh, *loc. cit.*, p. 211 ; Meier, Schœmann et Lipsius, p. 599, note 310.
(5) Démosthène, *C. Macart.*, § 58.
(6) Isée, *De Dicæog. her.*, § 44.
(7) Caillemer, *Successions*, p. 181.

de notre droit coutumier que « toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé », elle considère que le créancier ne peut poursuivre l'héritier que si ce dernier a été déclaré personnellement débiteur de la dette [1]. En conséquence, dans l'année de la mort de son débiteur, le créancier doit assigner les héritiers devant le juge, et celui-ci fait comparaître en même temps les témoins de droit, à savoir, dans le cas d'une action *judicati*, le juge qui a prononcé la première sentence et son mnémon. Le juge, après avoir entendu le créancier et ses témoins et leur avoir fait affirmer par serment l'existence de la dette, donne acte au demandeur de sa qualité de créancier et prononce une condamnation au simple, νικᾶν τὸ ἁπλόον, et non au double, comme il était de règle quand la dette était niée [2]. La condamnation qu'obtient ainsi le créancier est en quelque sorte un titre nouveau de sa créance, dont il peut alors poursuivre l'exécution contre les héritiers [3]. La loi attique renfermait-elle une disposition analogue? Nous en doutons, car on n'en trouve aucune trace [4].

(1) Suivant Dareste, Haussoulier et Reinach, (p. 477), c'est là une règle qui se comprend très bien dans les sociétés où l'écriture n'est pas d'un usage courant.

(2) La loi de Gortyne fait ainsi application aux héritiers de la règle romaine : in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. L. 5, D. *Pro suo*, XLI, 10.

(3) Cf. Bücheler et Zitelmann, p. 172.

(4) V. toutefois Caillemer, *in* Daremberg et Saglio, v° *Fœnus*, p. 1218.

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE III

DROIT DES OBLIGATIONS.

TITRE I

SOURCES DES OBLIGATIONS

TITRE II

EFFETS DES OBLIGATIONS.

FIN DE LA TABLE DU QUATRIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLES ALPHABÉTIQUES

DES MATIÈRES CONTENUES DANS LES QUATRE VOLUMES (1)

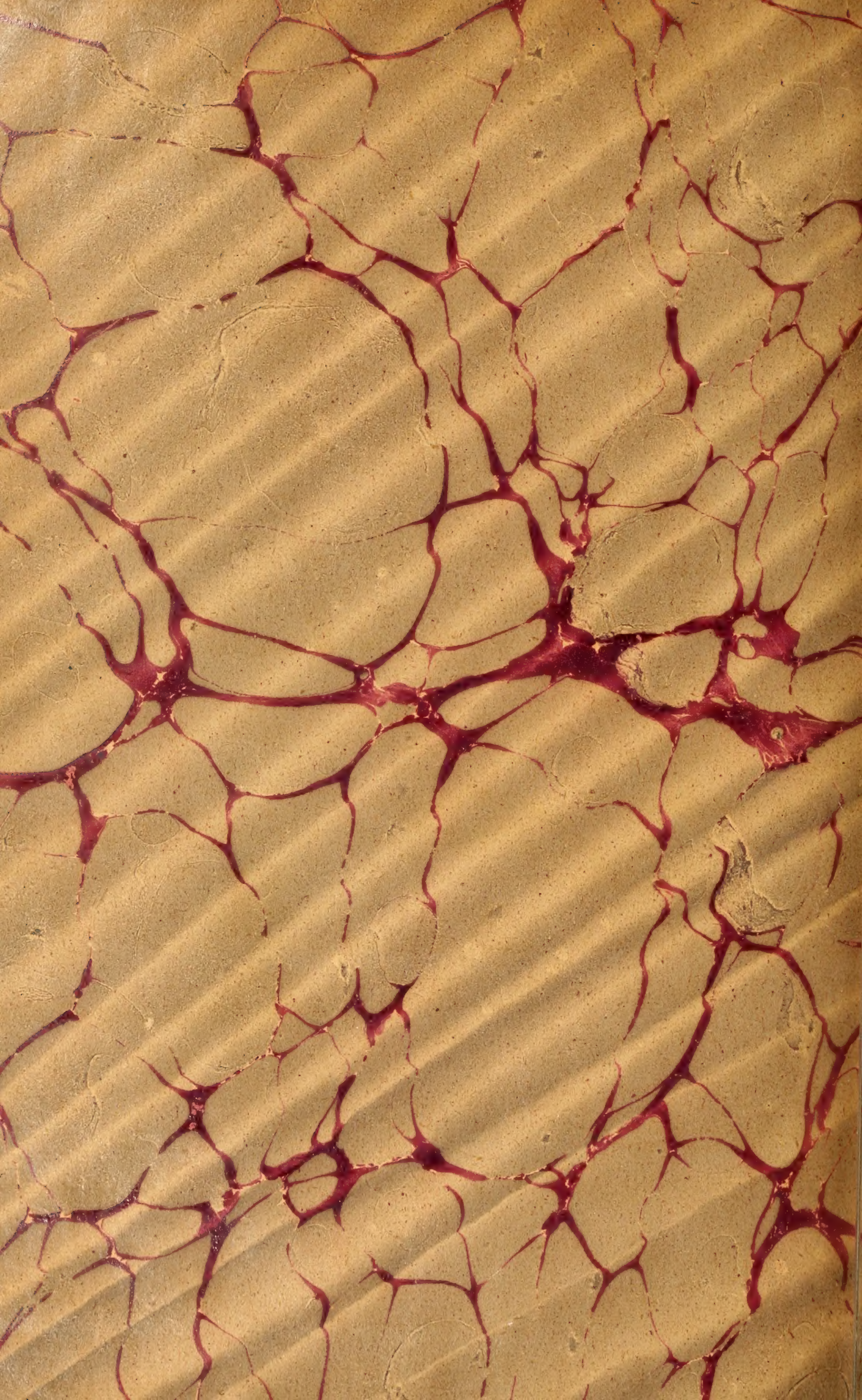
I

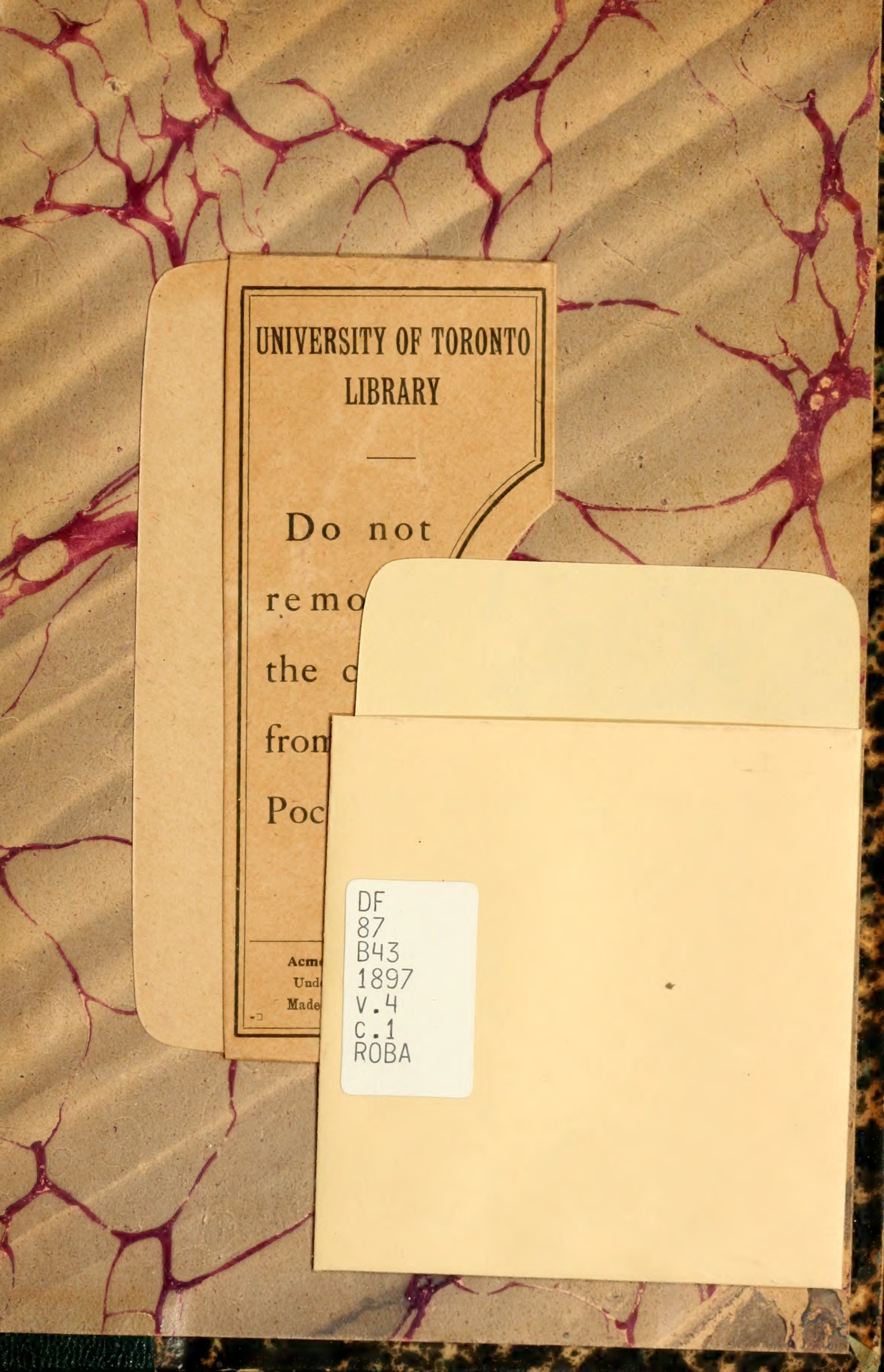
(1) Les chiffres gras se réfèrent aux passages où se trouve le siège de la matière.

II

FIN

Tours et Mayenne, imprimeries E. Soudée.




UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY
Do not
DF
87
B43
1897
V.4
c.1
ROBA

